

## OPINION INDIVIDUELLE DE LA JUGE SYLVIA STEINER

1. Je suis entièrement d'accord avec la décision finale de la Chambre concernant la responsabilité pénale individuelle de Jean-Pierre Bemba Gombo. Cependant, je souhaite préciser plus avant mes vues sur trois questions juridiques distinctes portant sur l'interprétation de l'article 28-a du Statut de Rome (« l'article 28 »).
2. Il ressort de l'article 28-a tel qu'applicable en l'espèce qu'une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs « lorsqu'[elle] n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces » (« *as a result of his failure to exercise control properly over such forces* »). Je pense que la Chambre aurait pu exposer plus longuement le raisonnement qu'elle a tenu sur i) l'interprétation qu'il convient de faire de l'expression « *as a result of* » dans la version anglaise de l'article 28-a du Statut ; ii) le devoir « d'exercer le contrôle qui convenait » ; et iii) le degré de causalité requis.
3. Je me concentrerai sur ces trois questions juridiques distinctes et limitées. Pour être claire, mon opinion porte sur le raisonnement exposé dans le Jugement et non pas sur son issue.
  - I. **L'interprétation de l'expression « *as a result of* » dans la version anglaise de l'article 28-a**
4. Il ressort de la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre préliminaire que la formule « *as a result of* » inscrite dans le chapeau de la version anglaise de l'article 28-a révèle qu'un lien est exigé entre le manquement du chef à son obligation d'exercer le contrôle qui convenait et les crimes commis par les subordonnés. Aux termes de la Décision relative à la

confirmation des charges<sup>1</sup> :

le chapeau de l'article 28-a du Statut établit un lien entre la commission des crimes visés et le fait que le supérieur « n'a[it] pas exercé le contrôle qui convenait ». Cela est confirmé par l'emploi de l'expression « *as a result of* » dans la version anglaise du Statut, qui indique l'existence d'un tel lien.

5. On trouve dans le dossier de l'affaire quelques références à une autre interprétation des éléments du chapeau de cette disposition. En 2009, Amnesty International, qui intervenait en qualité d'*amicus curiae* devant la Chambre préliminaire<sup>2</sup>, a soutenu que « [TRADUCTION] selon une lecture littérale de [l'article 28], l'expression "*as a result of his or her failure to exercise control properly*" renvoie à la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique, qui est engagée du fait de sa connaissance ou de ses manquements par négligence<sup>3</sup> ». Si l'on retient cette interprétation, c'est la responsabilité du supérieur hiérarchique — et non les crimes — qui doit être considérée comme le résultat du manquement du chef militaire à exercer le contrôle qui convenait.
6. À l'appui de cette interprétation, l'*amicus curiae* a fait valoir qu'« [TRADUCTION] aucun des instruments juridiques internationaux reflétant le droit international coutumier sur la question des éléments de la responsabilité du supérieur hiérarchique n'exige que le manquement du supérieur ait entraîné les crimes sous-jacents considérés<sup>4</sup> ». J'observe toutefois que la formulation de l'article 28-1 du Statut suit celle de l'article 86-1 du Protocole additionnel I<sup>5</sup>. Par conséquent, je

<sup>1</sup> [Décision relative à la confirmation des charges](#), par. 423 [notes de bas de page non reproduites].

<sup>2</sup> *Amicus Curiae Observations on Superior Responsibility submitted pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence*, 20 avril 2009, ICC-01/05-01/08-406.

<sup>3</sup> ICC-01/05-01/08-406, par. 39.

<sup>4</sup> ICC-01/05-01/08-406, par. 32.

<sup>5</sup> [Protocole additionnel I](#), article 86-1, « Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent réprimer les infractions graves et prendre les mesures nécessaires pour faire cesser toutes les autres infractions aux Conventions ou au présent Protocole *qui résultent d'une omission contraire à un devoir d'agir* » [non souligné dans l'original]. Pour ce qui concerne le terme « résultent », cette disposition est celle qui, de tous les textes internationaux, se rapproche le plus de la formulation retenue dans la version anglaise de l'article 28-a. Une lecture littérale de l'article 86-1 étaye l'interprétation selon laquelle l'infraction doit avoir un lien de causalité avec l'omission d'agir. Voir aussi CICR, Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, 1987, p. 1034 et 1035, par. 3538.

conteste l'affirmation selon laquelle les instruments juridiques internationaux – sans exception – n'exigent pas de rapport de causalité entre l'omission du supérieur hiérarchique et les crimes sous-jacents. Selon moi, et en conformité avec l'article 21-1-a du Statut, la Cour applique en premier lieu le Statut ; c'est pourquoi, pour trancher la question soulevée, il n'est pas décisif de savoir si le droit international coutumier exige ou non un élément de causalité.

7. Autre argument avancé par l'*amicus curiae*, l'« [TRADUCTION] absence de débats sur la question de la causalité » pendant les travaux préparatoires du Statut donne à penser que les auteurs n'avaient pas l'intention de « [TRADUCTION] s'écarter autant du droit international coutumier établi<sup>6</sup> ». Cet argument ne me convainc pas. Premièrement, à mon sens cette absence de débats ne permet de déduire ni soutien ni rejet de l'exigence de causalité. Il n'en reste pas moins que lors des travaux préparatoires, les termes utilisés dans les propositions à l'origine de l'article 28 du Statut se lisent plus naturellement lorsqu'un lien est exigé entre l'omission et les crimes plutôt qu'entre les crimes et la responsabilité du supérieur hiérarchique<sup>7</sup>. La responsabilité du supérieur hiérarchique a dès l'origine été conçue comme une forme de « participation », comme la « complicité » ou comme « l'instigation ou l'assistance »<sup>8</sup>. Toutes les formes de complicité exigent un lien

---

<sup>6</sup> ICC-01/05-01/08-406, par. 43.

<sup>7</sup> Voir Résumé des travaux du comité préparatoire au cours de la période allant du 25 mars au 12 avril 1996, document de l'ONU A/AC.249/1, 7 mai 1996, p. 86, Proposition présentée par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (« [o]utre les autres (cas de complicité dans les) (modes de participation aux) crimes visés dans le présent Statut, le supérieur hiérarchique est également pénalement responsable (à titre d'instigateur ou de complice) des crimes ainsi définis qui ont été commis par les forces placées sous son commandement parce qu'il n'a pas exercé son autorité : ») ; Droit applicable et principes généraux du droit, Document de travail présenté par le Canada, document de l'ONU A/AC.249/L.4, 6 août 1996, p. 15 (Variante A : (« [o]utre les autres (types de complicité dans les) (modes de participation) aux crimes visés dans le présent Statut, le supérieur hiérarchique est également pénalement responsable (à titre d'instigateur ou d'assistant) des crimes ainsi définis commis par les forces placées sous son commandement [par un subordonné] lorsqu'il n'a pas exercé son autorité : » et Variante B : « [l]e fait qu'un crime visé dans le présent Statut a été commis par un subordonné [des forces placées sous le commandement d'un supérieur] [parce que le supérieur n'a pas exercé son autorité] n'exonère pas le supérieur de sa responsabilité pénale lorsque [...] »).

<sup>8</sup> *Ibid.*

entre le comportement et le résultat illicite<sup>9</sup>. Comme l'a indiqué la Chambre d'appel, ce lien prend la forme d'une « [TRADUCTION] contribution à la commission d'un crime<sup>10</sup> ». Partant, la notion « *as a result of* » que l'on retrouve dans au moins trois des versions linguistiques authentiques de l'article 28<sup>11</sup> vise à traiter précisément ce lien entre une omission et les crimes qui en résultent.

8. Enfin, selon l'*amicus curiae*, s'il subsiste une ambiguïté dans l'interprétation de l'article 28 du Statut après application des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il convient d'adopter l'interprétation qui concilie le mieux les six versions linguistiques également authentiques de la disposition, conformément à l'article 33-4 de la Convention de Vienne<sup>12</sup>. Comme exposé plus haut, les travaux préparatoires confirment l'existence d'un lien entre crimes et omission. À mon sens, il ne subsiste aucune ambiguïté quant à l'interprétation de l'article 28 du Statut.
9. Il est important d'observer que pendant le procès, ni la Défense ni l'Accusation n'ont contesté l'interprétation juridique adoptée dans la Décision relative à la confirmation des charges, et l'une comme l'autre ont rédigé leurs mémoires en clôture respectifs en conséquence<sup>13</sup>. De même, la Chambre n'a donné aucune indication portant à croire qu'elle s'écartait de cette interprétation. Ce n'est que tardivement, pendant la présentation de ses conclusions orales, que l'Accusation a défendu une autre approche s'inscrivant dans le droit fil des arguments avancés par l'*amicus curiae*<sup>14</sup>. Je pense que la présentation des conclusions orales n'était pas

---

<sup>9</sup> Voir l'analyse de Mirjan R. Damaska, « The Shadow Side of Command Responsibility », *American Journal of Comparative Law*, 2001, vol. 49, p. 469, qui rejette la notion de « *accessory after the fact as a party to the crime* » (complice après les faits en tant que partie au crime).

<sup>10</sup> Voir [Arrêt Lubanga](#), par. 467 et 468.

<sup>11</sup> Voir les versions anglaise, russe et arabe du Statut.

<sup>12</sup> ICC-01/05-01/08-406, par. 44.

<sup>13</sup> Mémoire en clôture de la Défense, par. 1047 à 1053 ; et Mémoire en clôture de l'Accusation, par. 765 à 769.

<sup>14</sup> Conclusions orales de l'Accusation, p. 79, lignes 20 à 22, où il est dit que « [TRADUCTION] cette formulation exprime l'idée que c'est la responsabilité pénale visée dans le Statut, et non pas les crimes eux-mêmes, qui est établie comme étant le résultat du manquement de l'accusé à exercer un contrôle effectif ».

le stade procédural opportun pour se rallier à cette interprétation des éléments du chapeau de l'article 28-a du Statut. Par conséquent, et compte tenu particulièrement du fait que l'interprétation donnée par la Chambre préliminaire n'a pas été dûment contestée par les parties et que c'est celle qu'a suivie la Chambre, il est inutile d'examiner la question plus avant.

## II. Devoir « d'exercer le contrôle qui convenait »

10. Comme la Chambre préliminaire l'a fait observer à juste titre dans la Décision relative à la confirmation des charges, le chapeau de l'article 28-a requiert un lien entre la commission des crimes sous-jacents et le fait que le supérieur hiérarchique « n'a[it] pas exercé le contrôle qui convenait<sup>15</sup> ». C'est précisément parce que le lien est requis dans le chapeau de l'article 28 qu'il est applicable, quel que soit « le manquement spécifique » – parmi ceux visés à l'article 28-a-ii – attribué au chef militaire, que celui-ci n'ait pas empêché ou réprimé l'exécution d'un crime ou qu'il n'en ait pas référé aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites. Partant, bien que ces devoirs soient clairement liés, ils doivent être distingués les uns des autres. Je note que le Jugement n'a pas explicitement traité cette question.
11. À mon sens, ce n'est qu'en tentant de définir la teneur du *devoir d'exercer le contrôle qui convenait* qu'il est possible d'appréhender l'interaction complexe entre celui-ci et les devoirs spécifiques. Je considère que la phrase « n'a pas exercé le contrôle qui convenait » figurant à l'article 28-a du Statut doit être comprise comme imposant au chef militaire un devoir débordant le cadre temporel et matériel des devoirs visés à l'article 28-a-ii du Statut. Mes vues reposent sur les considérations suivantes.
12. Aux termes de l'article 87-2 du Protocole additionnel I, il est demandé aux commandants qu'ils « s'assurent que les membres des forces armées placés sous

---

<sup>15</sup> [Décision relative à la confirmation des charges](#), par. 423.

leur commandement connaissent leurs obligations aux termes » du droit international humanitaire. Le devoir du commandant de s'assurer que les soldats connaissent leurs propres « obligations » est permanent, il naît avant le combat, voire avant que la guerre n'éclate<sup>16</sup>. De plus, les commandants ont les moyens de garantir le respect des règles du droit international humanitaire, et « peuvent mieux que quiconque prévenir les infractions en créant un état d'esprit approprié, en veillant à l'engagement rationnel des moyens de combat et en maintenant la discipline<sup>17</sup> ». Parmi les mesures pouvant être adoptées pour exercer le contrôle qui convient, ils peuvent i) maintenir l'ordre<sup>18</sup>; ii) s'assurer qu'un système d'information efficace existe pour qu'ils soient informés des problèmes quand ils surviennent; et iii) contrôler le système d'information pour s'assurer de son efficacité<sup>19</sup>. Il est révélateur que les décisions rendues par les tribunaux *ad hoc* aillent aussi dans le sens de l'existence d'une « obligation générale » du commandant de maintenir l'ordre et d'exercer un contrôle sur ses troupes, obligation bien ancrée dans le droit international coutumier et s'expliquant par l'autorité dont est investi le commandant<sup>20</sup>. Certaines de ces mesures sont

---

<sup>16</sup> CICR, Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, 1987, p. 1047, par. 3563 : « On peut répondre à cela, en premier lieu, que la phase préventive, celle qui consiste à instruire les membres des forces armées et à leur inculquer des habitudes et des réflexes conciliables avec les exigences conventionnelles, ne se déroule pas pendant le combat, mais avant, voire avant même que la guerre ait éclaté. Il y a ensuite lieu de relever que les ordres ne sont pas seulement donnés pendant le combat, mais surtout avant celui-ci. Toute donnée d'ordres faite avant le combat devrait s'accompagner toujours, et à tous les échelons, d'un rappel des prescriptions conventionnelles appropriées à la situation ».

<sup>17</sup> CICR, Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, 1987, p. 1046, par. 3560.

<sup>18</sup> Voir, par exemple, [TPIY, Jugement Halilović](#), par. 82 et 84.

<sup>19</sup> Otto Triffterer et Roberta Arnold, « Article 28 », in Otto Triffterer et Kai Ambos (Dir. pub.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 2016, p. 1094 et 1095, par. 104; Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, p. 169 et 170, et note de bas de page 140; et Darryl Robinson, « How Command Responsibility Got So Complicated: A Culpability Contradiction, Its Obfuscation and a Simple Solution », *Melbourne Journal of International Law*, 2012, vol. 13, p. 44.

<sup>20</sup> Voir notamment [TPIY, Arrêt Halilović](#), par. 63; et [TPIY, Arrêt Orić](#), par. 177. Bien que le chevauchement partiel entre les mesures permettant de remplir l'obligation générale et les mesures spécifiques visant à empêcher la commission du crime puisse être source de confusion, il doit être examiné dans le cadre du Statut de Rome, compte tenu de l'exigence explicite que le chef militaire ait manqué à son devoir d'« exerc[er] le contrôle qui convenait ».

également connues sous le nom de « mesures de prévention »<sup>21</sup> ou « obligations générales »<sup>22</sup>.

13. Il est à noter que le *devoir d'empêcher* prend naissance avant la commission des crimes<sup>23</sup> et que contrairement à l'obligation générale, ce devoir reflète habituellement un degré de spécificité situationnelle<sup>24</sup>. Lorsqu'il est établi qu'un chef militaire n'a pas empêché l'exécution d'un crime, nonobstant le fait qu'il savait ou aurait dû savoir que ses subordonnés le commettaient ou étaient sur le point de le commettre, le plus souvent même si ce n'est pas automatique, des preuves montrent aussi qu'il n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés.

14. Les *devoirs de réprimer* (au sens de « punir ») *l'exécution de crimes* et *d'en référer aux autorités compétentes* sont plus faciles à distinguer du devoir d'exercer le contrôle qui convient, parce qu'ils naissent une fois le crime commis. Partant, je suis d'accord avec la Chambre préliminaire lorsqu'elle dit qu'un manquement à ces devoirs ne saurait « causer » les crimes, un crime ne pouvant en effet être « causé » rétroactivement<sup>25</sup>. Néanmoins, la condition de causalité entre le manquement à l'obligation générale d'exercer le contrôle qui convient et les crimes subsiste lorsque l'engagement de la responsabilité repose uniquement sur

<sup>21</sup> [TPIY, Jugement Halilović](#), par. 79 à 81 et 86.

<sup>22</sup> [TPIY, Jugement Halilović](#), par. 79 à 81 et 88.

<sup>23</sup> Jugement, par. 203 ; et [Décision relative à la confirmation des charges](#), par. 437. Voir aussi [TPIR, Arrêt Ndahimana](#), par. 79.

<sup>24</sup> Otto Triffterer, « “Command Responsibility” – *crimen sui generis* or participation as “otherwise provided” in Article 28 Rome Statute? », Jörg Arnold et autres (Dir. pub.), *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, p. 910 et 911. Comme indiqué dans le Jugement, des exemples de mesures présentant le degré de spécificité requis sont notamment : s'assurer d'obtenir des rapports montrant que les actions militaires ont été menées conformément au droit international ; donner des ordres visant spécifiquement à empêcher la commission de crimes plutôt que de simples ordres de routine ; s'élever contre des actes criminels ou les condamner ; demander instamment à sa hiérarchie de prendre des mesures immédiates ; reporter des opérations militaires ; et/ou suspendre, exclure ou redéployer des subordonnés violents, voir Jugement, par. 204 et 205.

<sup>25</sup> [Décision relative à la confirmation des charges](#), par. 424.

le manquement du chef militaire à réprimer (au sens de « punir ») les crimes ou à en référer aux autorités compétentes<sup>26</sup>.

15. Il est essentiel de souligner que le respect de cette obligation générale ne suffit pas en soi à exonérer de toute responsabilité le chef militaire qui ne prendrait pas les mesures nécessaires et appropriées que lui imposent ses obligations spécifiques<sup>27</sup>. De même, le manquement à s'acquitter du devoir d'exercer le contrôle qui convient ne suffit pas en soi à engager la responsabilité d'un chef militaire sur le fondement de l'article 28-a<sup>28</sup>. Pour que sa responsabilité soit engagée, un chef militaire doit aussi ne pas s'être acquitté du devoir spécifique de prendre toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou réprimer l'exécution d'un crime ou pour en référer aux autorités compétentes<sup>29</sup>.

### III. Le degré de causalité requis

16. Comme l'a constaté la Chambre dans le Jugement, « [u]n principe fondamental de droit pénal veut qu'une personne ne soit pas déclarée pénalement responsable, à titre individuel, d'un crime en l'absence d'un quelconque lien personnel entre elle et ce crime<sup>30</sup> ». Les crimes dont le chef militaire peut être tenu responsable par application de l'article 28 sont commis par ses subordonnés. Pour qu'il soit tenu

---

<sup>26</sup> Voir Mirjan R. Damaska, « The Shadow Side of Command Responsibility », *American Journal of Comparative Law*, 2001, vol. 49, p. 468, « [TRADUCTION] sous cette seconde forme, le manquement à l'obligation de réprimer signe l'écart le plus notable du Statut du TPIY avec le principe qui veut que la déclaration de culpabilité prononcée et la peine encourue pour un crime moralement rédhibitoire soient liées au comportement et à la culpabilité personnels de l'auteur. Car cet écart est précisément ce qui doit se produire quand un supérieur est reconnu coupable d'un crime de guerre commis par ses subordonnés au seul motif qu'il ne les a pas punis : l'opprobre [...] s'abat sur lui en raison d'un comportement atroce auquel il n'a en rien contribué, et il encourt aussi une peine s'inscrivant dans le même cadre que celle s'appliquant aux auteurs "directs" de l'acte criminel ». Voir aussi Christopher Greenwood, « Command Responsibility and the *Hadžihasanović* Decision », *Journal of International Criminal Justice*, 2004, vol. 2, p. 603.

<sup>27</sup> [TPIY, Jugement Halilović](#), par. 79 à 81 et 88.

<sup>28</sup> Otto Triffterer et Roberta Arnold, « Article 28 », Otto Triffterer et Kai Ambos (Dir. pub.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 2016, p. 1088, par. 91.

<sup>29</sup> Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, 2010, p. 165 à 167, 174 et 203.

<sup>30</sup> Jugement, par. 211.



responsable, son manquement doit être lié à ces crimes et avoir un impact sur eux. On l'a vu plus haut<sup>31</sup>, l'expression « *as a result of* » dans la version anglaise de l'article 28 du Statut porte précisément sur ce lien.

17. Je suis aussi d'accord avec l'analyse livrée dans la Décision relative à la confirmation des charges, à savoir qu'une interprétation correcte de la nature du lien requis inclut « un élément de causalité ». La Chambre préliminaire a ainsi jugé que<sup>32</sup> :

La Chambre considère par conséquent que le chapeau de l'article 28-a du Statut **prévoit un élément de causalité** reliant le manquement par un supérieur à ses devoirs et les crimes visés.

Ainsi le cadre juridique du Statut requiert, contrairement à ceux des tribunaux *ad hoc*<sup>33</sup>, un lien de causalité entre le manquement du chef militaire à exercer le contrôle qui convient et les crimes commis par les subordonnés<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Voir plus haut, par. 7.

<sup>32</sup> [Décision relative à la confirmation des charges](#), par. 423 [non souligné dans l'original et notes de bas de page non reproduites]. Voir aussi [Protocole additionnel I](#), article 86-1, « Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent réprimer les infractions graves et prendre les mesures nécessaires pour faire cesser toutes les autres infractions aux Conventions ou au présent Protocole *qui résultent d'une omission contraire à un devoir d'agir* » [non souligné dans l'original]. Je relève que, pour ce qui concerne le terme « résultent », cette disposition est celle qui, de tous les textes internationaux, se rapproche le plus de la formulation retenue à l'article 28-a. L'article 86-1 vient appuyer l'interprétation selon laquelle l'infraction doit avoir un lien de causalité avec l'omission d'agir. CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, 1987, p. 1010, par. 3538, étaye également cette corrélation.

<sup>33</sup> Voir notamment, [TPIY, Jugement Delalić](#), par. 398, où la Chambre de première instance conclut que « [n]onobstant la place centrale qu'occupe le principe de causalité en droit pénal, l'existence d'un lien de cause à effet n'est traditionnellement pas considérée comme la condition *sine qua non* pour engager la responsabilité pénale d'un supérieur coupable de ne pas avoir empêché ses subordonnés de commettre des infractions ou de ne pas les en avoir punis. Ainsi, la Chambre de première instance n'a pas trouvé dans la jurisprudence [la formation du principe dans le droit des traités existant ou] (à une exception près)[.] dans l'abondante littérature consacrée au sujet[,] de quoi justifier l'exigence de la preuve d'un lien de causalité comme élément distinct de la responsabilité du supérieur hiérarchique » ; [TPIY, Arrêt Blaškić](#), par. 75 à 77, où il est tenu compte du Jugement *Čelebići* et conclu que l'existence d'un lien de causalité entre le manquement du supérieur qui n'a pas empêché des subordonnés de commettre des crimes et la perpétration de ces crimes n'est pas un élément de la responsabilité du supérieur hiérarchique que l'Accusation doit prouver en toutes circonstances, mais une question de fait qui doit être établie au cas par cas plutôt qu'une question de droit ; [TPIY, Arrêt Kordić](#), par. 832 ; et [TPIY, Arrêt Hadžihasanović](#), par. 40.

<sup>34</sup> [Décision relative à la confirmation des charges](#), par. 423 ; voir aussi [ICC-01/04-02/06-309](#), note de bas de page 687. Cette position semble dominer dans le monde universitaire ; voir notamment Volker

18. Il importe de souligner que la détermination d'un lien de cause à effet en cas d'omission présente certaines particularités. D'un point de vue naturaliste, il ne peut rien *résulter* d'une absence d'action, *ex nihilo nihil fit*<sup>35</sup>. Les omissions n'offrent aucune « énergie causale », aussi la relation entre une omission et un résultat doit-elle être interprétée en recourant à un *concept normatif* de causalité<sup>36</sup>. Ainsi, lorsqu'une personne faisant fonction de garant n'a pas accompli un acte attendu de sa part<sup>37</sup>, on considère qu'une force causale potentielle ou hypothétique s'attache à cette omission<sup>38</sup>.

19. S'agissant du degré de causalité requis, la Chambre préliminaire a jugé que<sup>39</sup> :

comme l'article 28-a du Statut n'explique pas le degré de causalité requis, on pourrait déterminer ce degré en appliquant un critère qu'en *common law* il est convenu d'appeler le « *but for test* » (critère de la cause certaine), c'est-à-dire que si ce n'était le manquement par le supérieur à son devoir de prendre les mesures raisonnables et nécessaires pour prévenir les crimes, ces crimes n'aurai[ent] pas été commis par ses forces. Cependant, contrairement à l'effet visible et concret d'un acte positif, l'effet d'une omission ne peut être empiriquement déterminé avec certitude. En d'autres termes, on ne peut dans la pratique prévoir exactement ce qui se serait passé si un chef s'était acquitté de son obligation de prévenir des crimes. Il n'est pas nécessaire d'établir un

---

Nerlich, « Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute », *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, p. 672 et 673 ; Otto Triffterer, « Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute? », *Leiden Journal of International Law*, 2002, vol. 15, p. 203 ; Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, 2012, p. 199 ; et Héctor Olásolo, *Tratado de autoría y participación derecho penal internacional*, 2013, p. 809.

<sup>35</sup> Jorge de Figueiredo Diaz, *Diritto Penal: Parte Geral*, Tomo 1, 2007, p. 930 ; et Günther Jakobs, *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, 1997, p. 959. Voir aussi Armin Kaufmann, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 76 et suiv.

<sup>36</sup> Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Vol. I: Foundation and General Part* (2013), p. 216 ; Kai Ambos, « Superior Responsibility », in Antonio Cassese et autres (Dir. pub), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2002, p. 860 ; et Volker Nerlich, « Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute », *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, p. 673, et note de bas de page 33. Cela est sans préjuger de la possibilité que des considérations normatives soient aussi utilisées pour analyser le lien entre actes positifs et résultats, à savoir la « commission » — par opposition à l'« omission » — de l'acte en question.

<sup>37</sup> Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 2002, p. 668 et suiv. ; et Luis Greco et Adriano Teizeira, « Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal Brasileiro » in Luís Greco et autres (Dir. pub.), *Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, 2014, p. 61 et suiv.

<sup>38</sup> Jorge de Figueiredo Diaz, *Diritto Penal: Parte Geral*, Tomo 1, 2007, p. 930.

<sup>39</sup> [Décision relative à la confirmation des charges](#), par. 425 [non souligné dans l'original et notes de bas de page non reproduites].

lien de causalité direct entre l'inaction du supérieur et le crime commis par ses subordonnés. Partant, la Chambre considère que pour qu'un chef soit jugé pénalement responsable au sens de l'article 28-a du Statut, il suffit de prouver que son inaction **a augmenté le risque** de commission des crimes à l'origine des charges.

20. Je relève que la Défense s'oppose à la norme « a augmenté le risque » et cite des décisions de justice préconisant un degré de causalité plus élevé<sup>40</sup>. En particulier, elle met en avant certaines décisions qui viendraient appuyer l'argument selon lequel « [TRADUCTION] la nature et l'intensité du lien nécessaire entre le manquement de l'accusé et le crime sous-jacent » doivent être telles que les crimes sont i) la conséquence « certaine » de l'omission<sup>41</sup> ; ou ii) une conséquence « directe et raisonnablement prévisible » de celle-ci<sup>42</sup>.
21. Je ne suis pas convaincue que le critère traduit par l'expression « *as a result of* » de l'article 28-a exige que le crime soit la conséquence *certaine* de l'omission du chef militaire. Comme indiqué dans le Jugement, « la condition qu'il existe un lien est manifestement remplie lorsqu'il est établi que les crimes n'auraient pas été commis dans les circonstances où ils l'ont été si le chef militaire avait exercé le contrôle qui convenait, ou que le chef militaire aurait empêché l'exécution des crimes en exerçant le contrôle qui convenait<sup>43</sup> ». Cependant, « une telle norme demeure [...] plus stricte que celle requise en droit<sup>44</sup> » si l'on garde à l'esprit le « caractère hypothétique de l'évaluation requise dans les cas d'omission<sup>45</sup> ».
22. De même, je ne suis pas convaincue que l'on puisse considérer la *prévisibilité* comme le critère approprié, étant donné qu'elle fait selon moi partie intégrante de

<sup>40</sup> Mémoire en clôture de la Défense, par. 1048 à 1051.

<sup>41</sup> Mémoire en clôture de la Défense, par. 1050.

<sup>42</sup> Mémoire en clôture de la Défense, par. 1050.

<sup>43</sup> Jugement, par. 213.

<sup>44</sup> Jugement, par. 213.

<sup>45</sup> Jugement, par. 212. Voir aussi Enrique Gimbernat Ordeig, « La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión" », 2000, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 50, 64 et 65 ; Volker Nerlich, « Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute », *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, p. 673 ; et Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, 2010, p. 176 et 177.

la *mens rea* requise<sup>46</sup>, à moins d'interpréter ce terme comme renvoyant uniquement à ce qui est « [TRADUCTION] suffisant » pour produire un résultat donné si l'on se base sur les enseignements de l'expérience<sup>47</sup>. Dans sa première acception, la *prévisibilité* permet de donner des informations sur l'ampleur de la responsabilité, en général la responsabilité par négligence, mais ce n'est toujours pas du domaine de la causalité.

23. Je suis donc d'accord avec la Chambre préliminaire lorsqu'elle dit que « pour qu'un chef soit jugé pénalement responsable au sens de l'article 28-4 du Statut, il suffit de prouver que son inaction a augmenté le risque de commission des crimes à l'origine des charges<sup>48</sup> ».

24. S'agissant du *degré* de risque, je ne suis guère convaincue par une approche très souple consistant à dire qu'il suffit, pour affirmer qu'il y a causalité, qu'il existe une *probabilité* – aussi faible soit-elle – qu'en s'acquittant de son devoir général de contrôle un chef militaire aurait pu empêcher la commission des crimes. Je note que des exigences diverses ont été proposées et appliquées par d'autres juridictions concernant le lien de causalité en cas d'omission<sup>49</sup>. Selon moi,

<sup>46</sup> Voir notamment [TPIY, Arrêt Tadić](#), par. 228 ; et [TPIY, Jugement Hadžihasanović](#), par. 50. Voir aussi Enrique Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal: Parte General*, 1997, p. 245.

<sup>47</sup> Günter Stratenwerth, *Derecho Penal: Parte General I: El Hecho Punible*, 2000, p. 131, par. 22, et p. 422, par. 18 ; Hans Welzel, *Derecho penal alemán: parte general*, 1976, p. 70 et suiv. ; et Johannes Wessels, *Derecho penal: parte general*, 1980, p. 78.

<sup>48</sup> [Décision relative à la confirmation des charges](#), par. 425 [notes de bas de page non reproduites].

<sup>49</sup> Voir, p. ex., au Brésil : (haut degré de probabilité), Tribunal supérieur de justice, décision RHC 39627-RJ (2013/0235844-9), p. 11 ; en Allemagne : (probabilité proche de la certitude), Cour fédérale de justice, décision BGH 3 StR 442/99, par. 27 ; en Italie : (haut degré de crédibilité rationnelle ou de probabilité logique), Italie, Cour de cassation, arrêt 30328, 11 septembre 2002, p. 15 ; en Espagne : (certitude proche de la probabilité), Cour suprême, arrêt STS 7355/2010, p. 10 ; en Suisse (haut degré de probabilité ou probabilité confinant à la certitude), Tribunal fédéral suisse, décision ATF 115 IV 199 ; ATF 101 IV 149 ; en France : (un risque d'une particulière gravité), Cour de cassation, Chambre criminelle, 11 février 2003, pourvoi n° 02-85.810. Voir aussi Otto Triffterer et Roberta Arnold, « Article 28 » in Otto Triffterer et Kai Ambos (Dir. pub.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 2016, p. 1097, par. 109, plaidant pour un critère de probabilité plus strict, selon lequel un crime ne peut être imputé que si l'intervention aurait *très probablement* empêché sa perpétration ; Otto Triffterer, « Command Responsibility, Article 28 Rome Statute, an Extension of Individual Criminal Responsibility for Crimes within the Jurisdiction of the Court – Compatible with Article 22, *nullum crimen sine lege?* » in Otto Triffterer (Dir. pub.), *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, 2004, p. 253 ; et Chantal

L'exigence de causalité sera satisfaite s'il existe au moins une *forte probabilité* que le crime aurait été empêché ou n'aurait pas été commis par les forces de la manière qu'il l'a été si le chef s'était acquitté de ses devoirs. Je pense qu'une « forte probabilité » est le critère qui convient, car il exprime l'idée d'une interprétation stricte de l'appréciation du lien de causalité, qu'elle porte sur des actes ou des omissions. À mon sens, dans ces deux cas, l'appréciation du lien de causalité devrait se faire de manière aussi symétrique que possible. Mais je suis consciente qu'une symétrie parfaite est impossible, compte tenu de la nature hypothétique et conjecturale inhérente à l'analyse menée dans les cas d'omissions. En exigeant une « forte probabilité », on garantit que l'appréciation du lien de causalité portant sur des omissions ne diffère pas au-delà de ce qui est inévitable de celle portant sur des actes.

Fait en anglais et en français, la version anglaise faisant foi.

*/signé/*

**Mme la juge Sylvia Steiner**

Fait le 21 mars 2016

À La Haye (Pays-Bas)

---

Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, 2010, p. 178, plaidant pour un critère rigoureux de « [TRADUCTION] probabilité confinant à la certitude ».