

OPINION INDIVIDUELLE DE LA JUGE KUNIKO OZAKI

1. Je rédige la présente opinion individuelle afin d'expliquer ma position relativement à l'interprétation : i) du chapeau de l'article 28-a du Statut, et en particulier de la formule « *as a result of his or her failure to exercise control properly* » (« lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait ») ; et, brièvement, ii) du terme « politique d'une organisation » dans les éléments contextuels des crimes contre l'humanité.

Article 28-a

2. L'article 28-a dispose qu'un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire :

[...] est pénalement responsable des crimes [...] commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, *lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces* dans les cas où :

- i) [...] ; et
- ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites. [Non souligné dans l'original.]

3. Selon moi, le passage souligné ci-dessus soulève un certain nombre de questions d'interprétation étroitement liées entre elles. Premièrement, des avis opposés ont été exprimés sur la question de savoir s'il convient de rattacher cette clause à la responsabilité pénale du chef militaire ou à la commission des crimes. Deuxièmement, il y a lieu de s'arrêter sur la portée de la formule « exercé le contrôle qui convenait » et sur son rapport à l'article 28-a-ii. Troisièmement, la nature du lien qu'implique l'expression « *as a result of* » dans la version anglaise du Statut doit être analysée, en

particulier si on estime qu'il existe une corrélation entre le manquement à exercer un contrôle et la commission des crimes.

4. Je relève que ces questions sont aussi directement liées à la nature de la responsabilité visée à l'article 28, telle qu'analysée aux paragraphes 171 à 174 du Jugement.
5. Je souscris pleinement à la conclusion de la Chambre selon laquelle l'article 28-a prévoit un mode de responsabilité pour des crimes commis par les subordonnés d'un chef militaire¹. Il n'envisage donc pas, par exemple, de crime d'omission distinct. Le raisonnement exposé dans le Jugement explique la base de cette conclusion. Je relève en outre que la compétence de la Cour est complémentaire de celle des États², et que cette dernière devrait donc s'intéresser principalement aux crimes les plus graves qui touchent la communauté internationale et au jugement des principaux responsables de ces crimes, plutôt qu'aux manquements aux devoirs d'une charge en soi.
6. Je partage également l'avis que cette responsabilité a un caractère *sui generis*. Comme il est dit dans le Jugement, cette conclusion découle de la base spécifique sur laquelle la responsabilité des crimes est imputée à un chef militaire, à savoir le manquement de ce dernier à s'acquitter du devoir de contrôle que lui impose le droit international³. Une telle base revêt un caractère exceptionnel dans le cadre du Statut, y compris par comparaison avec toutes les bases de responsabilité prévues à l'article 25-3. De plus, la responsabilité visée à l'article 28 a par essence un caractère plus

¹ Le terme « chef militaire » tel que je l'utilise ici inclut également toute personne « faisant effectivement fonction de chef militaire » au sens de l'article 28-a.

² Préambule et article 1.

³ Jugement, par. 172. Voir aussi Jugement, par. 173 et 174.

passif, davantage axé sur le fait de prévenir ou de faire cesser les crimes relevant de la compétence de la Cour que sur une implication directe dans les éléments matériels des crimes eux-mêmes.

7. Je partage en outre l'avis que, dans certaines circonstances, le comportement d'un supérieur hiérarchique, qu'il s'agisse d'un acte ou d'une omission, peut réaliser un élément matériel d'un ou plusieurs modes de responsabilité⁴. Par exemple, en encourageant l'auteur, l'omission d'un supérieur hiérarchique — qui pourrait se manifester par le fait de ne pas prévenir ou punir — pourrait contribuer à la commission d'un crime⁵. Par conséquent, il conviendrait d'analyser la qualification juridique appropriée du comportement du supérieur hiérarchique. Selon moi, il faudrait pour cela procéder à une appréciation normative du rôle de l'accusé au vu des circonstances spécifiques de l'espèce.
8. Je vais à présent me pencher sur la première question énoncée plus haut, à savoir s'il convient de rattacher la clause à la responsabilité pénale du chef militaire ou à la commission des crimes. La Chambre préliminaire a incontestablement adopté la seconde approche⁶, que soutient la Défense⁷. L'Accusation en revanche, du moins dans ses conclusions orales, soutenait

⁴ Il a été posé en principe qu'à une exception près, chacun des modes de responsabilité visés à l'article 25-3 du Statut peut être réalisé par omission, K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law* (2013), p. 190. Voir aussi TPIY, Arrêt *Galić*, par. 176 (où il est dit qu'« ordonner » ne peut être accompli par omission).

⁵ TPIY, Jugement *Kordić and Čerkez*, par. 371.

⁶ Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 407, 420 et 423.

⁷ Mémoire en clôture de la Défense, par. 603. Voir aussi Mémoire en clôture de la Défense, par. 1047 à 1053.

la première⁸. Je relève que, sur le plan linguistique, dans la version anglaise du Statut, les deux interprétations sont possibles.

9. Cependant, j'estime que lorsque la clause est lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but du Statut, l'interprétation correcte est qu'il doit exister un lien entre le manquement du chef militaire à exercer le contrôle qui convenait et la commission des crimes. J'ai tout particulièrement présent à l'esprit, à cet égard, que la Chambre a conclu que l'article 28 prévoit un mode de responsabilité pour les crimes commis, par opposition à un crime d'omission indépendant. Comme il est dit dans le Jugement, un principe fondamental de droit pénal veut qu'un accusé ne soit déclaré pénalement responsable à titre individuel d'un crime que s'il existe une forme de lien personnel entre lui et le crime⁹. Selon moi, il serait contraire à ce principe d'interpréter l'article 28-a comme n'exigeant aucune forme de lien avec les crimes ou de contribution à ceux-ci avant qu'ils soient réalisés – comme par exemple ce serait le cas en particulier pour la responsabilité fondée uniquement sur le manquement à punir les auteurs de crimes déjà commis. Il y a lieu de relever ici que d'autres cours et tribunaux internationaux, appliquant des textes différents de ceux applicables par la Cour, ont rejeté l'exigence de « causalité » pour la responsabilité du supérieur hiérarchique¹⁰. Toutefois, cette approche n'a pas été sans un

⁸ Conclusions orales de l'Accusation, p. 79, lignes 17 à 24. Cette position est également soutenue, entre autres, dans les conclusions d'*amicus curiae* présentées par Amnesty International devant la Chambre préliminaire, voir *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, par. 39.

⁹ Jugement, par. 211. Voir aussi Arrêt *Tadić*, par. 186 (« la responsabilité pénale repose sur le principe de la culpabilité individuelle »).

¹⁰ Il a été conclu ce qui suit dans le Jugement *Mucić et consorts* : « Nonobstant 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

certain degré de confusion quant à la qualification adéquate d'une telle responsabilité¹¹. En outre, le caractère *sui generis* de la responsabilité visée à l'article 28 ne fonde pas en soi à ne pas appliquer de tels principes fondamentaux de droit pénal.

10. Je relève également que l'historique de la rédaction de cette disposition, sans être concluant, peut être compris comme soutenant également l'interprétation selon laquelle une forme de lien avec la commission des crimes a été envisagée¹².

traités existant ou] (à une exception près)[,] 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, *Mucic et consorts*, Jugement, par. 398. De même, dans l'affaire *Blaškić* et en faisant référence au Jugement *Mucic et consorts*, la Chambre d'appel a conclu que l'existence d'un lien de causalité entre le fait qu'un chef militaire n'ait pas empêché les crimes de ses subordonnés et l'occurrence de ces crimes n'est pas un élément de la responsabilité du supérieur hiérarchique que l'Accusation doit établir en toute circonstance. Elle a considéré qu'il s'agit plus d'une question de fait qu'il faut prouver au cas par cas que d'un point général de droit, TPIY, Arrêt *Blaškić*, par. 75 à 77. Voir aussi TPIY, Arrêt *Kordić and Čerkez*, par. 832 ; TPIY, Arrêt *Hadžihasanović et Kubura*, par. 40. Je note que l'on peut effectivement trouver dans la jurisprudence ancienne en matière de responsabilité du supérieur hiérarchique des références particulières qui suggèrent un élément de causalité, mais elles sont généralement peu concluantes lorsqu'on les examine dans leur contexte. Voir, par exemple, *Wilhelm List et consorts*, Judgment, p. 1286 (où il est dit que « [TRADUCTION] aucun élément de preuve n'établit la commission d'un acte illicite *qui ait résulté* d'une action, affirmative ou passive, de la part de ce défendeur » [non souligné dans l'original]). Je considère toutefois qu'il ressort du passage dans lequel se trouve cette référence que le tribunal, plutôt que de se prononcer sur un lien requis, concluait que l'accusé en question n'avait de fait pas manqué à son devoir, compte tenu de l'étendue de sa capacité matérielle et des efforts qu'il avait déployés.

¹¹ Voir, par exemple, TPIY, Arrêt *Krnjelac*, par. 171 (« On ne saurait trop souligner que, lorsqu'il est question de responsabilité du supérieur hiérarchique, l'accusé n'est pas mis en cause pour les crimes commis par ses subordonnés mais pour un manquement à l'obligation qu'il avait, en tant que supérieur hiérarchique, d'exercer un contrôle ») ; TPIY, Arrêt *Orić*, Déclaration du Juge Shahabuddeen, par. 18 à 26, et Opinion individuelle et partiellement dissidente du Juge Schomburg, par. 12. Ces déclarations peuvent être opposées, par exemple, au Jugement *Mucic et consorts*, par. 331 (faisant référence à la « responsabilité pénale individuelle *du fait de ses subordonnés* » [non souligné dans l'original]), ainsi qu'à la pratique constante de mise en accusation et de déclaration de culpabilité au TPIY qui renvoie invariablement aux crimes sous-jacents plutôt qu'à un manquement au devoir (voir cependant TPIY, Jugement *Orić*, dispositif).

¹² 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

11. Il importe cependant de reconnaître que les différentes versions linguistiques du Statut, qui font également foi¹³, contiennent des variations. Comme le texte anglais, les textes russe, arabe et espagnol semblent au moins pouvoir être lus comme rattachant la clause soit à la responsabilité pénale du chef militaire soit à la commission des crimes. En revanche, les textes français¹⁴ et chinois¹⁵ semblent, à des degrés différents, privilégier la première interprétation. Selon moi, ces différences sont suffisamment importantes pour empêcher une lecture commune des textes sur la base des premiers moyens d'interprétation exposés à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Le recours aux moyens complémentaires d'interprétation prévus à l'article 32 de cette convention n'aide pas non plus. Bien que, comme il a été dit plus haut, certains aspects de l'historique de la rédaction (en gardant présent à l'esprit que le Statut a été négocié en anglais) puissent suggérer l'intention qu'une forme de contribution à la commission des crimes soit requise, je ne trouve pas

Royaume-Uni (« [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 de 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 responsabilité pénale lorsque [...] »).

¹³ Voir article 128 du Statut.

¹⁴ Dans la version française du Statut, le passage pertinent de l'article 28-a se lit comme suit : « Un chef militaire [...] est pénalement responsable des crimes [...] commis par des forces placées sous son commandement [...], lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où : [...] » [non souligné dans l'original].

¹⁵ La version chinoise du Statut utilise une formulation aisément traduite en anglais par : « A military commander or person effectively acting as a military commander, if he or she does not exercise control properly over the forces under his or her effective command and control, or effective authority and control, shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by those forces where: [...] ».

les travaux préparatoires disponibles suffisamment concluants pour lever les ambiguïtés qui existent entre les différents textes faisant foi. Dans ces circonstances¹⁶, je considère que le principe d'interprétation stricte établi à l'article 22-2 du Statut¹⁷ commande que la Chambre aille dans le sens de l'interprétation qui lie le manquement du chef militaire à exercer le contrôle qui convenait avec la commission des crimes.

12. Je vais à présent me tourner vers la deuxième question, à savoir le contenu, sur le fond, de l'obligation faite au chef militaire d'« exerc[er] le contrôle qui conv[ient] », comme le prévoit le chapeau de l'article 28-a, et son rapport avec l'article 28-a-ii.
13. À titre préliminaire, je considère que la position de la clause, à savoir dans le chapeau, commande qu'elle s'applique à tous les alinéas de l'article 28-a. Par conséquent, l'interprétation faite devrait pouvoir s'appliquer utilement dans tous les cas, quels que soient la norme de connaissance visée à l'article 28-a-i que l'on applique et le manquement au devoir visé à l'article 28-a-ii que l'on retienne.
14. À la différence des Statuts des tribunaux ad hoc, l'article 28-a prévoit explicitement un devoir d'« exerc[er] le contrôle qui conv[ient] », et, conformément à l'interprétation exposée plus haut, pour que la responsabilité pénale du chef militaire soit engagée pour les crimes en question, la commission des crimes doit résulter (« *as a result of* ») de son manquement à ce devoir.

¹⁶ Il convient également de relever dans ce contexte les dispositions de l'article 33-4 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, à savoir qu'« on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes ».

¹⁷ L'article 22-2 dispose que « [l]a définition d'un crime est d'interprétation stricte » et qu'« [e]n cas d'ambiguïté, elle est interprétée en faveur de la personne qui fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation ».

15. J'observe que la notion d'exercice du contrôle qui convient, telle qu'énoncée dans le chapeau, et qui présente des similitudes avec la notion de commandement responsable, est étroitement liée aux composantes spécifiques énoncées à l'article 28-a-ii, mais bien distincte de celles-ci. Ce devoir peut s'étendre, aussi bien s'agissant de sa durée que de sa teneur, au-delà des devoirs spécifiques énoncés à l'article 28-a-ii¹⁸. À cet égard, je me réfère au droit international humanitaire, et principalement aux articles 86 et 87 du Protocole additionnel I. Ainsi aux termes de l'article 87-2 de ce protocole, les chefs militaires sont tenus de « s'assure[r] que les membres des forces armées placés sous leur commandement connaissent leurs obligations » aux termes des Conventions de Genève et du protocole, « [e]n vue d'empêcher que des infractions soient commises et de les réprimer »¹⁹. D'autres exemples de mesures prises dans l'exercice du contrôle qui convient peuvent être le maintien de l'ordre²⁰ et la mise en place de systèmes efficaces de supervision et de discipline²¹. La portée des mesures dépendra des rôles et fonctions spécifiques du chef militaire concerné. Toutefois, ces devoirs non seulement s'appliquent dès lors que le chef militaire sait ou devrait savoir que des crimes sont sur le point d'être commis, mais font partie de l'exercice normal du commandement

¹⁸ Le devoir d'empêcher s'impose lorsque le chef militaire sait ou, compte tenu des circonstances, aurait dû savoir que des crimes étaient sur le point d'être commis (voir, dans le même sens, TPIR, Arrêt *Bagosora et Nsenyumva*, par. 642 ; TPIY, Arrêt *Hadžihasanović et Kubura*, par. 260), tandis que le devoir de réprimer les crimes ou celui d'en référer aux autorités compétentes ne s'imposent que lorsque les forces ont commencé à commettre les crimes ou les ont commis.

¹⁹ Voir aussi TPIY, Jugement *Halilović*, par. 83.

²⁰ TPIY, Jugement *Halilović*, par. 82 et 84.

²¹ CICR, Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 (1987) sur l'article 87 du Protocole additionnel I, p. 1046, par. 3560 (« [L]es commandants militaires ne sont pas dépourvus de moyens de faire respecter les règles conventionnelles. [...] Détenteurs de l'autorité, ils 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. Ils ont [...] qualité pour constater ou faire constater les faits, point de départ d'une action répressive éventuelle ») ; voir aussi TPIY, Jugement *Halilović*, par. 85 à 87.

responsable. Je considère par conséquent qu'on peut considérer que la formule « n'a pas exercé le contrôle qui convenait » figurant à l'article 28-a vise à inclure ce devoir plus large et constant qui incombe aux chefs militaires²².

16. Je souligne qu'un manquement à ce devoir d'exercer le contrôle qui convient ne suffirait pas en soi pour engager la responsabilité d'un chef militaire sur la base de l'article 28-a. La responsabilité pénale du chef militaire n'est engagée que si les manquements spécifiques énoncés à l'article 28-a-ii surviennent également, et ce, dans les conditions exposées à l'article 28-a-i. Les devoirs spécifiques sont au cœur du devoir d'exercer le contrôle qui convient. En effet, si le devoir d'exercer le contrôle qui convient couvre un champ large, les articles 28-a-i et 28-a-ii délimitent le cadre de la responsabilité, dans sa durée et sa teneur, pour les manquements aux devoirs qui permettent le plus directement d'éviter les préjudices envisagés dans le Statut.

17. Il est aisé d'imaginer que le manquement à exercer le contrôle qui convient pourrait être assez facile à établir lorsqu'un manquement au devoir d'empêcher a déjà été prouvé, étant donné la probabilité que les preuves qui étayent les différents éléments se recourent largement. Quant aux devoirs de réprimer un crime ou d'en référer aux autorités compétentes, je souscris à l'avis de la Chambre préliminaire selon lequel le fait d'y manquer ne peut causer les crimes rétroactivement²³. Toutefois, je ne suis

²² J'ai connaissance de la jurisprudence des tribunaux ad hoc selon laquelle la distinction faite entre obligation « générale » et obligation « spéciale » des supérieurs hiérarchiques crée une dichotomie « déroutante et superflue », mais je rappelle que les textes de la Cour sont différents.

²³ Quoique, comme analysé dans le Jugement, il est relevé que le devoir de réprimer inclut tant le fait de mettre fin aux crimes en cours que celui de punir les auteurs de crimes déjà commis. Vu ainsi, un manquement au devoir de réprimer pourrait être vu comme contribuant à la commission d'un crime.

pas convaincue que, de ce fait, l'élément de causalité ne s'applique pas à ces devoirs²⁴. Une telle lecture non seulement serait contraire aux termes mêmes de l'article 28-a, mais aussi ferait perdre tout sens à la clause contenue dans le chapeau de l'article dans les cas où la responsabilité du chef militaire aura été invoquée sur la seule base d'un manquement à l'un de ces deux derniers devoirs. En tout état de cause, comme il a déjà été dit, une telle lecture n'est pas nécessaire : le devoir d'exercer le contrôle qui convient — y compris, selon que de besoin, par la mise en place de systèmes efficaces de supervision et de discipline —, auquel l'exigence d'un lien est rattachée, s'impose avant que les forces commettent les crimes ou soient sur le point de les commettre.

18. Il reste à examiner la nature du lien requis entre le manquement à exercer le contrôle qui convient et la commission des crimes. Je vais à présent me pencher sur cette question.

19. Le terme « *as a result of* » indique littéralement une forme de lien de causalité entre le manquement du chef militaire à exercer le contrôle qui convient et la commission des crimes²⁵. Il importe de reconnaître d'emblée que les juridictions tant internationales que nationales appliquent un large éventail de normes de causalité pour déterminer s'il est satisfait au

²⁴ *Contra*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 424. Voir aussi *supra*, par. 13.

²⁵ Voir, par exemple, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, *Judgment on the appeals against the "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations" of 7 August 2012 with Amended order for reparations (Annex A)* et annexes publiques 1 et 2, 3 mars 2015, ICC-01/04-01/06-3129, par. 79 et 80. Il y a cependant lieu de relever que le terme anglais « *as a result of* » à la règle 85 est traduit par « du fait de » dans la version française du Règlement, tandis que, comme indiqué plus haut, la traduction française du même terme à l'article 28-a est « lorsqu'il ou elle », cette dernière formulation étant davantage indicative d'une coïncidence d'événements que d'une relation de cause à effet.

principe de culpabilité individuelle²⁶. Le « *but for test* » (critère de la cause certaine), par exemple, est communément utilisé par de nombreuses juridictions nationales afin d'imputer une responsabilité, en particulier à un auteur principal. Dans certains contextes, il peut toutefois arriver qu'un tel critère ne soit ni approprié ni suffisant pour imputer dûment la responsabilité pour certains préjudices subis²⁷. De plus, dans les cas où la responsabilité d'un accusé découle de celle d'une autre personne, au sens où l'accusé n'est pas l'auteur matériel direct, aucune causalité factuelle n'est généralement requise et au lieu de quoi une forme de contribution ou un autre lien sont considérés comme suffisants²⁸.

20. Bien que, comme indiqué dans le Jugement, il ne soit pas utile s'agissant des faits de l'espèce de décrire précisément le cadre de la causalité visée à

²⁶ L'utilisation que je fais ici du terme « causalité » vise à couvrir tant la causalité légale (ou proximale) que la causalité factuelle. Pour une reconnaissance générale de la complexité de ce domaine du droit, voir *R v Royall* (1991) 172 CLR 378, p. 448, J. McHugh : « [TRADUCTION] Les efforts faits tant par les juges que par les chercheurs en droit pour parvenir à une théorie unifiée de la causalité en *common law* n'ont pas connu de succès notable. Peut-être que la nature du sujet, conjuguée à la nécessité pour le juriste d'associer les questions de causalité factuelle et de culpabilité, rend quasiment impossible l'élaboration d'une théorie unifiée ».

²⁷ Typiquement, lorsqu'il existe de multiples causes suffisantes.

²⁸ C'est généralement le cas pour la responsabilité du complice. Voir, par exemple, *State v Tally*, 102 Ala. 25, 15 So. 722 (1894) (« [TRADUCTION] L'aide apportée [...] n'a pas à contribuer au résultat criminel au sens où n'eût été cette aide le résultat ne se serait pas produit. Il suffit tout à fait qu'elle ait facilité un résultat qui se serait produit sans elle. Il suffit amplement que l'aide ait juste rendu plus facile pour l'auteur matériel la réalisation du but visé par lui et la personne lui apportant aide et encouragement, bien que selon toute probabilité le but aurait été atteint sans cette aide »). Voir aussi, p. ex., *Stringer* [2011] EWCA Crim. 1396 ; *Wilcox v Jeffery* (1951) 1 ALL ER 464 ; *Thambiah v The Queen* [1966] AC 37 ; *R v Russell* [1933] VLR 59, 67 (Cussen ACJ). Au nombre des diverses normes, supplémentaires ou autres, qui ont été appliquées à différents modes de responsabilité, figurent les suivantes : une « contribution essentielle » (*Appeal Judgment Lubanga*, par. 7) ; une « cause principale et active » (*R v Smith* [1959] ALL ER 193 CA ; *Hennigan* [1971] 3 ALL ER 133) ; une « contribution importante » (TPIY, *Appeal Judgment Krajišnik*, par. 215) ; un « risque augmenté » (Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 425) ; et une « prévisibilité raisonnable » (*R v Royall* (1991) 172 CLR 378) ; *Roberts* [1971] 56 Cr App R 95 CA. Voir aussi TPIY, Jugement *Hadžihasanović*, par. 193). Le but ici n'est en aucune façon d'exposer un échantillon exhaustif ou pleinement représentatif de la jurisprudence pertinente, ce qui déborderait largement le cadre de la présente opinion, mais simplement de mettre en lumière la diversité de la pratique.

l'article 28-a, j'estime opportun de relever un certain nombre d'éléments que je juge pertinents aux fins de cette appréciation. Premièrement²⁹, la nature même de la responsabilité du supérieur hiérarchique suppose que les crimes ont des causes multiples, dont le comportement des auteurs directs. De fait, dans certains contextes, il peut s'agir de causes multiples revêtant un caractère suffisant.

21. Deuxièmement, comme il est dit dans le Jugement³⁰, le fait que la responsabilité du supérieur hiérarchique soit fondée sur une omission exige que l'on procède à un certain nombre d'évaluations à caractère hypothétique. Les juges en ont certes l'habitude, mais ces évaluations peuvent néanmoins se révéler particulièrement difficiles lorsqu'elles concernent des actions humaines³¹. De plus, nombre des affaires portées devant la Cour sont vastes et complexes par nature, requièrent souvent l'évaluation de la culpabilité de personnes physiquement ou géographiquement éloignées de la scène des crimes, et concernent fréquemment de nombreux intervenants. Je souscris à la conclusion, exposée dans le Jugement, selon laquelle toute norme adoptée en matière de causalité devrait pouvoir s'appliquer de manière cohérente et objective, compte tenu de chacun de ces éléments.

22. En outre, le caractère *sui generis* de la responsabilité du supérieur hiérarchique et les particularités de ce mode de responsabilité, comme analysé plus haut³², devraient être soigneusement examinés. Cela inclut les responsabilités fondamentales des supérieurs hiérarchiques et les pouvoirs de contrôle qui fondent leur responsabilité. Cela recouvre également le

²⁹ L'ordre dans lequel j'énumère ces éléments ne vise pas à indiquer une quelconque préséance ou importance.

³⁰ Jugement, par. 212.

³¹ Hart et Honoré, *Causation in the law* (1985), p. 413 à 417.

³² Voir *supra*, par. 5 et 6.

caractère dérivé de la responsabilité du supérieur hiérarchique, au sens où cette responsabilité se trouve engagée à raison de crimes dont le supérieur hiérarchique n'est pas l'auteur direct. En effet, dans ce contexte, en analysant le lien de causalité visé à l'article 28, la Chambre devrait s'attacher à éviter de fortement perturber l'équilibre subtil qui existe dans les textes de la Cour relativement à la question de la culpabilité.

23. C'est sur la base d'une évaluation, en particulier, des éléments mentionnés plus haut que je souscris aux conclusions suivantes de la Chambre : i) il serait clairement satisfait à l'exigence d'un lien de causalité énoncée à l'article 28 dès lors qu'il serait 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 l'exercice du contrôle qui convenait par le chef militaire aurait empêché que les crimes soient commis ; et ii) une telle norme est plus stricte que celle requise en droit aux fins de l'article 28. En outre, je considère que la formule « *as a result of* » commande que la norme adoptée requière davantage qu'un simple lien théorique avec les crimes. À cet égard, comme indiqué plus haut, le point de départ de l'examen est le principe de la culpabilité individuelle, qui, dans ce contexte, exige qu'à tout le moins la responsabilité d'un accusé soit limitée à des conséquences raisonnablement prévisibles³³.

³³ *R v Royall* (1991) 172 CLR 378 (J. Brennan : « [TRADUCTION] La prévision ou la prévisibilité raisonnable marque la limite des conséquences d'un comportement dont un accusé peut être tenu pénalement responsable ») ; *Roberts* [1971] 56 Cr App R 95 CA (« [TRADUCTION] Était-ce la conséquence naturelle de ce que l'assaillant présumé avait dit ou fait, au sens où il s'agissait de quelque chose qui aurait pu être raisonnablement prévu comme conséquence de ce qu'il disait ou faisait ? »). Voir aussi TPIY, Jugement *Hadžihasanović et Kubura*, par. 193 (« En premier lieu, le supérieur qui exerce un contrôle effectif sur ses subordonnés, qui a des raisons de savoir qu'ils sont sur le point de commettre des crimes et qui ne prend pas les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ces crimes, est responsable pour la raison que, d'une part, son omission a créé ou agrandi un risque réel et raisonnablement prévisible que ces crimes seraient commis, risque qu'il a accepté de plein gré, et que, d'autre part, ce risque s'est effectivement matérialisé dans la commission de ces

Crimes contre l'humanité (article 7)

24. Je vais à présent me pencher sur la question de l'interprétation des éléments contextuels des crimes contre l'humanité, et plus précisément du terme « politique d'une organisation ».
25. Bien que n'ayant aucune objection quant à l'analyse y relative exposée aux paragraphes 157 à 161 du Jugement, je pense que l'existence d'une « politique d'une organisation » doit se distinguer de la question de la manière dont elle est prouvée. Plutôt que de s'appuyer sur une liste négative de « ce qui ne devrait pas figurer dans la définition » ou sur d'éventuelles preuves dont peut se déduire l'existence d'une organisation et/ou d'une politique, je suis d'avis que la Chambre devrait donner des directives plus claires de ce que, d'après elle, cet élément requiert, en adoptant une approche consistant à appliquer les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités. À une exception notable près³⁴, l'accent a été mis jusqu'ici dans la jurisprudence de la Cour

crimes. Dans ce sens, le supérieur a, de manière substantielle, contribué à la commission de ces crimes »). La Chambre d'appel du TPIY a conclu que la Chambre de première instance avait commis une erreur de droit en considérant que le lien de causalité entre le manquement d'un chef militaire au devoir d'empêcher les crimes de ses subordonnés et la survenance de ces crimes est une exigence en doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique (TPIY, Jugement *Hadžihasanović et Kubura*, par. 40). Je rappelle cependant le cadre différent défini par le Statut de la Cour, comme indiqué plus haut. Je relève en outre que cette norme est un critère objectif, appliqué du point de vue d'une personne raisonnable qui fait fonction de supérieur hiérarchique, et qui a le degré de connaissance et le pouvoir de contrôle effectif qui s'attachent à ses fonctions. Il s'agit d'un critère de détermination du lien de causalité et non pas d'un élément de la *mens rea*. Il requiert une évaluation pour déterminer si la commission des crimes était une conséquence raisonnablement prévisible du manquement du supérieur hiérarchique à exercer le contrôle qui convient. La manière dont cela est établi dans tout cas particulier est une question de preuve plutôt que de droit.

³⁴ Situation en République du Kenya, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome et Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul, 31 mars 2010, ICC-01/09-19-Corr-tFRA ; *Le Procureur c. Ruto, Kosgey et Sang*, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à William Samoei Ruto, Henry

principalement sur la question de « politique » plutôt que sur les caractéristiques requises pour une « organisation » au sens de l'article 7-2-a³⁵. Lorsque le terme « organisation » a été analysé dans la jurisprudence dominante, le raisonnement appliqué tendait à être circulaire et peu sûr. Par exemple, le critère habituellement appliqué pour déterminer si une organisation dispose des capacités suffisantes pour mener une attaque contre une population civile³⁶ ne prévoit aucun garde-fou contre un simple raisonnement à rebours, qui utiliserait le fait qu'une telle attaque ait eu lieu pour en inférer l'existence d'une organisation. Je ne saurais donc convenir que l'application d'un tel critère donne une orientation appropriée ou suffisante.

26. À titre préliminaire, je relève que la jurisprudence des tribunaux ad hoc n'est pas d'une grande aide sur cette question. La Chambre d'appel du TPIY, dans *Le Procureur c/ Kunarac et consorts*, a conclu qu'en droit international coutumier, la preuve de l'existence d'une politique ou d'un

Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang, 8 mars 2011, ICC-01/09-01/11-1-tFRA ; Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul concernant la Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang, 15 mars 2011, ICC-01/09-01/11-2-tFRA ; Décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome et Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul, 23 janvier 2012, ICC-01/09-01/11-373-tFRA ; *Le Procureur c. Muthaura, Kenyatta et Ali*, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali, 8 mars 2011, ICC-01/09-02/11-1-tFRA ; Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul concernant la Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali, 15 mars 2011, ICC-01/09-02/11-3-tFRA ; Décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome et Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul, 23 janvier 2012, ICC-01/09-02/11-382-Red-tFRA.

³⁵ Je relève à cet égard que, bien que le Statut utilise l'adjectif « *organizational* », le sens voulu est manifestement « *of an organization* » (voir p. ex. *Éléments des crimes*, Introduction de l'article 7 [mentionnant « *the State or organization* »] ; et ICC-01/09-19-Corr-tFRA, Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul, par. 37 et 38 [expliquant par quel raisonnement il est parvenu à une conclusion semblable]).

³⁶ Figurant également dans la jurisprudence de la Chambre de première instance II citée au paragraphe 158 du Jugement.

plan en vue de mener une attaque contre la population civile n'est pas un élément requis des crimes contre l'humanité³⁷. La présente Cour, cependant, est tenue d'appliquer les dispositions du Statut de Rome.

27. Les termes « organisation » et « politique » ne sont pas définis dans les textes fondamentaux de la Cour. Par conséquent, conformément aux dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il faut partir du sens ordinaire de ces termes. Comme il est indiqué dans le Jugement, le dictionnaire *Oxford English Dictionary* définit le terme « organisation » comme « [TRADUCTION] un corps organisé constitué de personnes ayant un objectif particulier », tandis que le terme « organisé » signifie « [TRADUCTION] constitué en un tout structuré ; ordonné et disposé de manière systématique »³⁸. De même, le dictionnaire *Black's Law Dictionary* définit le terme « organisation » comme « [TRADUCTION] un corps de personnes (tel qu'une union ou un groupement) constitué dans un but commun³⁹ ».

28. L'article 2-a de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, dans son passage pertinent, définit le terme « groupe criminel organisé » comme « un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de [...] »⁴⁰. Bien qu'on ne puisse pas directement s'appuyer sur cette convention pour interpréter le Statut de Rome, et qu'elle ait été

³⁷ TPIY, Arrêt *Kunarac et consorts*, par. 98.

³⁸ Jugement, par. 158, citant *Concise Oxford English Dictionary* (11^e éd., 2006). Voir aussi Jugement *Katanga*, par. 1119.

³⁹ B. A. Garner (Dir. pub.), *Black's Law Dictionary* (8^e éd.)

⁴⁰ Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 2225, p. 209 (2000) (entrée en vigueur le 29 septembre 2003). Voir aussi l'article 2-c où est défini le terme « groupe structuré », et la note interprétative de l'article 2-c selon laquelle « l'expression "groupe structuré" doit être comprise au sens large afin d'inclure tant les groupes dotés d'une structure hiérarchique ou autre structure complexe que des groupes où le rôle de chaque membre n'a pas besoin d'être formellement défini ».

adoptée deux ans après celui-ci⁴¹, je relève qu'il existe un certain nombre de points communs entre les définitions exposées ci-dessus. Chacune requiert, premièrement, une collectivité ou une pluralité de personnes, plutôt qu'un seul individu, et, deuxièmement, la nécessité qu'il existe un objectif ou un but particulier. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée présente un élément supplémentaire et, selon moi, important, en ceci qu'elle requiert une certaine durée ou continuité⁴². C'est-à-dire que la collectivité de personnes devrait exister depuis un certain temps. À mon avis, une telle exigence devrait notamment aider à distinguer une organisation d'une simple foule par exemple – ou d'un groupe de personnes fortuitement constitué puis dissous, adoptant spontanément un comportement criminel.

29. À la lumière de ce qui précède, une organisation pourrait donc s'entendre comme ayant au minimum les caractéristiques suivantes : i) une collectivité de trois personnes ou plus ; ii) une certaine durée d'existence, qui, à tout le moins, est plus longue que la période pendant laquelle la politique a été élaborée et mise en œuvre ; iii) un but ou un objectif spécifique, qu'il soit ou non criminel ; et iv) une certaine structure. D'autres critères potentiellement pertinents peuvent être pris en considération au cas par cas, notamment : si le groupe dispose d'une hiérarchie interne bien établie ; s'il exerce un contrôle sur une partie du territoire d'un État ; l'infrastructure et les ressources du groupe ; et s'il fait

⁴¹ Je relève toutefois que la convention a en partie été négociée parallèlement au Statut. Cent quatre-vingt-six États parties, représentant les principaux systèmes de droit et les principales juridictions, l'ont ratifiée/y ont accédé et l'ont appliquée (à partir du 10 mars 2016). En ce sens, on peut considérer qu'il s'agit de l'une des définitions les plus largement acceptées du terme « organisé » en droit pénal.

⁴² Voir aussi ICC-01/09-19-Corr-tFRA, Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul, par. 51 (mentionnant au nombre des critères envisagés « une période prolongée »).

partie d'un groupe plus important, qui remplit certains ou la totalité des critères susmentionnés⁴³.

30. S'agissant du terme « politique », son sens ordinaire suggère l'existence de certains principes directeurs, ou d'un mode d'action proposé ou adopté en vue d'atteindre un certain objectif⁴⁴. Comme mentionné dans le Jugement, il est précisé dans les Éléments des crimes qu'une « politique » requiert le fait pour un État ou une organisation de favoriser ou d'encourager activement une attaque contre une population civile⁴⁵. Je relève toutefois qu'il ne serait pas nécessaire que chaque membre de l'organisation soutienne ou approuve la politique⁴⁶. Selon moi, cette exigence d'encouragement actif (ou d'une abstention délibérée d'agir qui vise à encourager l'attaque)⁴⁷ se situe également dans le droit fil de la conclusion de la Chambre préliminaire selon laquelle « l[a] notio[n] de “politique” [...] renvoi[e] [...] à un certain degré de planification de l'attaque⁴⁸ ». Je relève dans ce contexte que, si un schéma de violences peut être pertinent du point de vue de la preuve, il ne constitue pas en soi une « politique ».

31. Enfin, même s'il n'est pas obligatoire de se référer à l'historique de la rédaction, j'observe que des commentateurs ont indiqué que le terme

⁴³ Voir, dans le même sens, ICC-01/09-19-Corr-tFRA, par. 93.

⁴⁴ Voir, par exemple, *Oxford English Dictionary*, où le terme « politique » est défini notamment comme suit : « [TRADUCTION] 4. Principe ou mode d'action, adopté ou proposé comme souhaitable, avantageux ou pratique ; en partic. officiellement préconisé par un gouvernement, un parti politique, etc. Également utilisé comme nom collectif : méthode d'action sur des questions de principe, pratique ancrée. (Sens désormais usuel.) »

⁴⁵ Éléments des crimes, Introduction de l'article 7, par. 3. Voir aussi Jugement *Katanga*, par. 1108.

⁴⁶ Voir, dans le même sens, *Le Procureur c. Germain Katanga*, Opinion de la Minorité, présentée par la juge Christine Van den Wyngaert, 11 mars 2014, ICC-01/04-01/07-3436-AnxI-tFRA, par. 192 et 193.

⁴⁷ Éléments des crimes, note de bas de page 6.

⁴⁸ Décision relative à la confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/11-656-Red-tFRA, par. 216. Voir aussi Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 81 (où il est fait référence à une attaque « planifiée, dirigée ou organisée »).

« politique d'un État ou d'une organisation » a été introduit dans l'article 7 comme compromis sur la question de savoir si les critères de « généralisé » et « systématique » devraient être disjonctifs ou conjonctifs⁴⁹. Il a également été dit que la formulation choisie était basée sur la définition de la Chambre de première instance dans l'affaire *Tadić*, à savoir une attaque « dirigé[e] contre une population civile quelle qu'elle soit⁵⁰ », ainsi que sur les commentaires de la Commission du droit international (CDI) sur son Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 (« le Projet de code de 1996 »)⁵¹. Le Jugement *Tadić*, tout en concluant « qu'il doit y avoir une certaine forme de *politique gouvernementale, organisationnelle ou de groupe* pour commettre ces actes⁵² », ne définit pas l'expression « politique d'une organisation » en soi. Le Projet de code de 1996 non plus⁵³.

32. Néanmoins, le commentaire de la CDI sur le Projet de code de 1996 relève que la condition selon laquelle les actes proscrits doivent être commis « à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe » a été ajoutée pour « exclure les situations où un individu commet un acte inhumain de sa propre initiative dans la poursuite de son propre dessein criminel, en l'absence de tout encouragement ou de toute directive de la part soit d'un gouvernement, soit d'un groupe ou d'une

⁴⁹ D. Robinson, « Defining "Crimes Against Humanity" at the Rome Conference », *American Journal of International Law*, vol. 93, p. 43 (1999). Voir aussi H. von Hebel et D. Robinson, « Crimes within the Jurisdiction of the Court » in Roy S. Lee (Dir. pub.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), p. 94 à 97.

⁵⁰ TPIY, Jugement *Tadić*, par. 644.

⁵¹ H. von Hebel et D. Robinson, « Crimes within the Jurisdiction of the Court » in Roy S. Lee (Dir. pub.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), p. 95.

⁵² TPIY, Jugement *Tadić*, par. 644 [non souligné dans l'original]. Voir aussi par. 654.

⁵³ Annuaire de la Commission du droit international, 1996, vol. II (partie deux), article 18 (qui désigne certains actes proscrits comme crimes contre l'humanité lorsqu'ils sont « comm[is] d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe ») [non souligné dans l'original].

organisation⁵⁴ ». À mon avis, cette lecture de l'intention qui a été à l'origine de l'imposition de l'exigence d'une « politique d'une organisation » vient elle aussi à l'appui de l'interprétation présentée plus haut.

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

/signé/

Mme la Juge Kuniko Ozaki

Fait le 21 mars 2016

À La Haye (Pays-Bas)

⁵⁴ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires, 1996, Annuaire de la Commission du droit international, 1996, vol. II (partie deux), p. 50, par. 5. Le 30 mai 1946 également le comité juridique de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre affirmait ce qui suit : « [TRADUCTION] Les infractions isolées n'étaient pas couvertes par la notion de crimes contre l'humanité. En principe, il fallait une action massive systématique, en particulier menée par les autorités, pour transformer un crime de droit commun, sanctionné uniquement par le droit interne, en crime contre l'humanité, également sanctionné par le droit international. Seuls des crimes qui, par leur ampleur et leur sauvagerie, ou par leur grand nombre ou par le recours au même *modus operandi* en différents lieux et à différents moments, étaient susceptibles de mettre en danger la communauté internationale ou de choquer la conscience de l'humanité, justifiaient l'intervention d'États autres que celui sur le territoire duquel les crimes avaient été commis ou dont les ressortissants étaient victimes » (voir *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, 1948, p. 179).