

OPINION INDIVIDUELLE DE LA JUGE KUNIKO OZAKI

1. Je me rallie aux conclusions de la Décision ainsi qu'à la majeure partie du raisonnement qui y est exposé. La présente opinion individuelle vise à préciser mes vues sur les dispositions des textes de la Cour portant sur la fixation de la peine, particulièrement dans les cas de responsabilité du supérieur hiérarchique.
2. Tout d'abord, je souhaite souligner une nouvelle fois que contrairement à de nombreux codes pénaux nationaux, le Statut ne prévoit ni fourchette de peines individualisées pour chaque crime spécifique ni principes applicables à la fixation de la peine s'agissant des modes de responsabilité¹. Dans ce contexte, la Chambre d'appel a insisté sur le « [TRADUCTION] large pouvoir d'appréciation² » dont disposent les chambres de première instance. Il est également important de noter que, pour procéder à la fixation de la peine, les circonstances particulières à chaque espèce ont plus de poids qu'une grille de peines abstraite. Cependant, je trouve utile, comme base à une évaluation *in concreto* et afin de réduire autant que possible toute impression d'arbitraire³, d'apporter des éclaircissements sur certains principes de fixation de la peine découlant des éléments des crimes et du mode de responsabilité.
3. Il faut pour cela partir du principe de proportionnalité⁴, qui exige que la peine, *in abstracto* et *in concreto*, soit proportionnée au préjudice causé par les crimes et à la culpabilité de l'auteur. Je relève que si initialement, les tribunaux *ad hoc* paraissaient établir une distinction entre génocide, crimes

¹ Décision, par. 91.

² Arrêt *Lubanga* relatif à la peine, par. 40.

³ Décision *Katanga* relative à la peine, par. 39.

⁴ Arrêt *Lubanga* relatif à la peine, par. 40.

contre l'humanité et crimes de guerre⁵, ils ont ensuite jugé qu'il n'existait aucune hiérarchie de gravité intrinsèque entre ces catégories de crimes⁶. Quant aux infractions sous-jacentes, il est possible de faire des distinctions entre, par exemple, les atteintes à la vie et les atteintes aux biens⁷.

4. S'agissant du mode de responsabilité, je prends note des décisions des tribunaux *ad hoc* citées dans la Décision, selon lesquelles la responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas un mode de responsabilité intrinsèquement moins grave⁸. Ces conclusions semblent toutefois reposer sur le rejet d'une hiérarchie abstraite, au profit d'une considération concrète de la gravité de l'infraction et de la situation personnelle de la personne reconnue coupable.
5. Pour ce qui est d'évaluer la gravité de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans l'abstrait, je me rallie à la Décision pour dire qu'il est essentiel de garder à l'esprit qu'il s'agit d'un mode de responsabilité distinct⁹, à caractère *sui generis*¹⁰. Pareille évaluation comporte nécessairement une comparaison avec les modes de responsabilité visés à l'article 25-3 du Statut, afin de ne pas perturber l'équilibre qu'établissent les textes de la Cour en matière de culpabilité¹¹. Pour ce faire, deux éléments importants sont, selon moi, à considérer : le premier est le

⁵ Voir, par exemple, Jugement *Tadić* relatif à la sentence, par. 73.

⁶ Voir, par exemple, Arrêt *Tadić* relatif à la sentence, par. 69 ; Arrêt *Rutaganda*, par. 590 ; Arrêt *Furundžija*, par. 247 ; Arrêt *Kunarac et consorts*, par. 171 ; Arrêt *Dragan Nikolić* relatif à la sentence, note de bas de page 25 ; et Arrêt *Haradinaj et consorts*, par. 367.

⁷ Décision *Katanga* relative à la peine, par. 43. Voir aussi TPIY, Arrêt *Delalić et consorts*, par. 732.

⁸ Décision, note de bas de page 52. Pour un examen de la pratique des tribunaux *ad hoc* en matière de fixation de la peine, voir Holá et autres, « International Sentencing Facts and Figures: Sentencing Practice at the ICTY and ICTR », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9 (2011), page 411 (voir en particulier les pages 429 et 430 et le tableau 5 consacrés aux modes de responsabilité).

⁹ Voir Opinion individuelle de la juge Kuniko Ozaki, ICC-01/05-01/08-3343-AnxII (« Opinion individuelle »), par. 9, note de bas de page 11 (relevant des approches divergentes).

¹⁰ Décision, par. 16.

¹¹ Opinion individuelle, par. 22.

caractère dérivé de la responsabilité du supérieur hiérarchique¹² et le second, la gravité du devoir qui incombe à un chef militaire.

6. La structure et la formulation du Statut montrent clairement que l'article 25-3-a est conçu pour rendre compte de la responsabilité des auteurs. Je prends également note de ce qu'a conclu la Chambre d'appel s'agissant de la responsabilité de l'auteur et de celle du complice au sens de l'article 25-3 du Statut : « [TRADUCTION] de manière générale, et toutes choses étant égales par ailleurs, quiconque commet soi-même un crime est plus blâmable que qui contribue au crime commis par un ou plusieurs tiers¹³ » et que « [TRADUCTION] le blâme qui s'attache à la personne dépend directement de la mesure de sa contribution effective au crime considéré¹⁴ ».

7. La règle 145-1-c commande de tenir compte du « degré de participation » et du « degré d'intention » de la personne déclarée coupable pour fixer la peine¹⁵. L'examen des éléments de l'article 28-a ne révèle qu'une seule exigence : le chef militaire savait ou aurait dû savoir que les crimes étaient commis ou allaient l'être. Il n'est pas exigé qu'il ait eu l'intention que ces crimes soient commis. De même, comme il est dit dans le Jugement, il n'est pas requis en droit que le lien entre le manquement du chef militaire à exercer le contrôle qui convenait et la commission des crimes soit tel que celui-ci aurait empêché la commission des crimes s'il avait exercé le

¹² Opinion individuelle, par. 22.

¹³ Arrêt *Lubanga*, par. 462.

¹⁴ Arrêt *Lubanga*, par. 468.

¹⁵ Dans le même ordre d'idées, s'agissant du rapport entre l'article 78-1 et la règle 145-1-c, je considère que les considérations énumérées dans la seconde disposition précisent la portée de celles mentionnées dans la première. En dépit des expressions « de considérations telles que » figurant à l'article 78-1 du Statut et « en plus des » de la règle 145-1-c, je pense que l'article 78-1, seule disposition du Statut prévoyant des critères de fixation de la peine, serait presque vidé de son sens si les éléments de la disposition faisaient uniquement référence à la gravité de l'infraction ou à la situation personnelle de la personne condamnée *in abstracto* plutôt qu'*in concreto*, cette seconde perspective étant bien plus pertinente pour fixer une peine individuelle. Voir Arrêt *Lubanga* relatif à la peine, par. 61 à 64.

contrôle qui convenait¹⁶. Dans ces circonstances, la responsabilité du supérieur hiérarchique pourrait, dans l'abstrait, être considérée comme exigeant un degré moindre de participation et/ou d'intention que d'autres modes de responsabilité. Cela n'exclut naturellement pas la possibilité que le degré de participation par omission et/ou d'intention d'un supérieur hiérarchique donné puisse atteindre le degré requis en droit à l'article 25-3-a¹⁷, généralement comme coauteur. En pareil cas, son comportement devrait être évalué à ce titre plutôt qu'au titre de la responsabilité du supérieur hiérarchique¹⁸.

8. Ce qui précède devrait être mis en balance avec la position particulière du supérieur hiérarchique en tant que personne exerçant un contrôle effectif sur les subordonnés qui ont commis l'acte et le devoir que lui fait le droit international humanitaire d'exercer le contrôle qui convient sur les forces placées sous son commandement. Comme souligné dans le Jugement, l'article 28-a rend compte des responsabilités fondamentales des chefs militaires consistant à veiller à la bonne mise en œuvre du droit international humanitaire et à la protection des personnes et objets protégés durant les conflits armés¹⁹. Cette fonction distincte de la responsabilité du supérieur hiérarchique relève elle aussi de l'examen de la culpabilité de la personne à condamner²⁰.
9. À cet égard, il est rappelé que la responsabilité du supérieur hiérarchique suppose que les crimes ont des causes multiples, dont le comportement

¹⁶ Jugement, ICC-01/05-01/08-3343-tFRA, par. 213.

¹⁷ Opinion individuelle, par. 7.

¹⁸ Je relève à cet égard la jurisprudence des tribunaux ad hoc portant sur la responsabilité du supérieur hiérarchique comme forme de responsabilité résiduelle. Voir Jugement, note de bas de page 388.

¹⁹ Jugement, ICC-01/05-01/08-3343-tFRA, par. 172.

²⁰ TPIY, Arrêt *Popović et consorts*, par. 1997. Voir aussi Opinion individuelle, par. 6. Il faut noter que cet élément est intrinsèque à la responsabilité du supérieur hiérarchique et donc distinct du principe de hiérarchisation, qui peut être appliqué quel que soit le mode de responsabilité (voir Décision, par. 17).

des auteurs directs²¹. Les opinions divergent quant à la manière d'évaluer la nature et le degré de culpabilité d'une personne qui contribue, par omission, au crime perpétré par d'autres, lorsqu'elle est juridiquement tenue de protéger la victime et/ou d'empêcher le crime²². Quoiqu'il en soit, dans certaines circonstances, selon par exemple l'influence particulière qu'exerce la personne sur le comportement de l'auteur et/ou la nature et la portée de son devoir d'empêcher le crime, sa culpabilité pourrait être considérée comme aussi grave que celle de l'auteur. Compte tenu de la nature du devoir du chef militaire mentionnée plus haut, certains types de responsabilité du supérieur hiérarchique peuvent être des exemples typiques de ces circonstances. En effet, dans certains pays, il est prévu que la fourchette de peines applicable à l'auteur s'applique aussi, dans certaines circonstances, au supérieur hiérarchique²³.

10. C'est sur la base de ces considérations que je me rallie à la conclusion, formulée au paragraphe 16 de la Décision, que la responsabilité du supérieur hiérarchique, en tant que mode de responsabilité *sui generis*, « n'est pas, en soi, un mode de responsabilité de gravité hiérarchiquement inférieure ou supérieure à celui découlant de la commission d'un crime visé à l'article 25-3-a, ou à tout autre mode de responsabilité visé aux alinéas b) à e) de l'article 25-3 ».

²¹ Opinion individuelle, par. 20.

²² Voir, p. ex., Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* [droit pénal général], volume II, 2003, p. 671 et suiv. ; Schönke et Schröder, *Strafgesetzbuch* [Code pénal], 26^e éd., 2001, notes marginales 103 à 109 ; Gallas, « Strafbares unterlassen im Fall einer Selbsttötung » [omission punissable en cas de suicide], *JZ* 1960, p. 687 ; Kielwein, « Unterlassung und Teilnahme » [omission et participation], *GA* 1955, p. 227 ; Jescheck et Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* [manuel de droit pénal général], 5^e éd., 1996, p. 682 ; Nishida, « Husakui niyoru kyouhan » [complice par omission], *hougaku-kyoukai-zassi*, vol. 122-4, p. 417. Voir, dans le même ordre d'idées, § 357-1 du Code pénal allemand. Spécifiquement pour la responsabilité du supérieur hiérarchique, voir Gropengießer *in* Eser & Kreicker, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen* [poursuites pénales des infractions au droit international dans l'ordre national], vol. 1, Fribourg, 2003, p. 295 et 296. Voir aussi Opinion individuelle, par. 19.

²³ § 4 du Code allemand des crimes contre le droit international (VStGB) ; Code pénal suisse, article 264-k-1. Il importe de noter que cette législation ne couvre qu'une partie des responsabilités visées à l'article 28.

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

/signé/

Mme la juge Kuniko Ozaki

Fait le 21 juin 2016

À La Haye (Pays-Bas)