

1 Cour pénale internationale
2 Chambre d'appel
3 Situation en République centrafricaine
4 Affaire *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo* — n° ICC-01/05-01/08
5 Juge Christine Van den Wyngaert, Président — Juge Sanji Monageng — Juge
6 Howard Morrison — Juge Chile Eboe-Osuji — Juge Piotr Hofmański
7 Audience d'appel — Salle d'audience n°1
8 Mercredi 10 janvier 2018
9 (*L'audience est ouverte en public à 9 h 31*)
10 M^{me} L'HUISSIER : [09:31:12] Veuillez vous lever.
11 L'audience de la Cour pénale internationale est ouverte.
12 Veuillez vous asseoir.
13 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [09:31:55]
14 Bonjour à tous. Nous allons donc reprendre l'audience d'appel en écoutant les
15 arguments des parties et participants. Donc, la Chambre d'appel a demandé que l'on
16 traite cinq questions. Hier, nous en avons traité deux, aujourd'hui, nous allons traiter
17 celle de la responsabilité du supérieur hiérarchique et, tout d'abord... On parlera
18 aussi de la connaissance et ensuite, nous verrons comment interpréter l'article 28 et
19 nous verrons quel est le concept de concept raisonnable... mesure raisonnable.
20 Donc, ensuite, avant de donner la parole à la Défense, je voulais traiter du... de la
21 demande de la Défense qui voudrait que l'on étoffe un peu la liste des sources en
22 ajoutant si possible une affaire venant de la Cour spéciale pour la Sierra Leone. Y
23 a-t-il des objections de la part des parties et participants ? Je demande au Procureur.
24 M^{me} BRADY (interprétation) : [09:33:07] Non.
25 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [09:33:08]
26 Madame... le représentant des victimes ?
27 M^e DOUZIMA LAWSON : [09:33:11] Pas d'objection.
28 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [09:33:13]

1 Merci.

2 Donc, maintenant, je donne la parole à la Défense. Maître Ambos, c'est à vous —
3 Professeur Ambos.

4 M^e AMBOS (interprétation) : [09:33:21] Bonjour à tous.

5 Les questions qui ont été regroupées dans le groupe C peuvent être traitées de deux
6 façons : tout d'abord, il y a la question de savoir si on peut réduire le standard de
7 « savait » à « aurait dû savoir », et deuxièmement, il s'agit de l'élément mental dans
8 l'article 28 du Statut de Rome.

9 Mais je vais d'abord parler des premiers... des premières questions. Donc, je pense
10 que la norme 55 ne peut pas être utilisée dans ce procès pour cinq raisons. Tout
11 d'abord, la norme 55 est une provision... est une disposition *ultra vires*, les États ne se
12 sont pas mis d'accord sur une question fondamentale qui était de savoir comment
13 requalifier juridiquement des délits ou des modes de responsabilité. Les juges ont
14 ensuite utilisé et... introduit la norme 55 dans les règles alors que dans l'article 52 du
15 Statut, normalement, on parle de « fonctionnement routinier de la Cour ». Et donc,
16 au début de la Cour, les gens pensaient que tout allait fonctionner de façon
17 routinière, mais quand *Lubanga* a eu des soucis, on a commencé à penser à une
18 norme 55. Mais, maintenant qu'on a énormément débattu de la norme 55, on voit
19 bien qu'il ne s'agit pas du tout d'une question routinière, mais pas du tout, c'est
20 une... un point essentiel de la procédure, en revanche. La règle... la norme 55, en fait,
21 est une disposition invalide qui ne pourrait pas être utilisée ici, devant cette
22 Chambre d'appel. Ensuite, la norme 55 ne s'applique que lors du procès ; cela, en
23 fait, est indiqué dans le texte — quand on analyse la norme 55, on le voit bien.
24 Premièrement, la norme 55 est énumérée dans la troisième section des règles et
25 règlements, intitulée « Procès », et on ne retrouve pas cette norme 55 dans la
26 section 4 sur les appels et la révision, qui commence, elle, avec la norme 57.
27 Ensuite, norme 55-1... se réfère précisément à l'utilisation éventuelle de cette
28 disposition suite au pouvoir discrétionnaire qu'a la Chambre de modifier la

1 qualification juridique dans sa décision au titre de l'article 74, c'est-à-dire dans une
2 disposition qui ne peut s'appliquer que dans le cadre d'une Chambre d'instance, et
3 ceci ne s'applique absolument pas à la Chambre d'appel en application de
4 l'article 83 du Statut. Ensuite, troisièmement, la norme 55-2 fait référence à une
5 requalification qui aurait lieu à — et je cite : « N'importe quand lors du procès. » Fin
6 de citation. Donc, on parle encore du procès, je le répète : « procès », par rapport à un
7 appel. Cette interprétation, donc, qui limite la norme 55 au procès en tant que tel est
8 aussi étayée par les travaux préparatoires. En effet, on voit bien que la discussion sur
9 la modification éventuelle d'une qualification juridique fait toujours référence au
10 procès ou à la mise en état. La jurisprudence soutient d'ailleurs cette interprétation,
11 étant donné qu'elle demande qu'il y ait un avertissement, une notification au sens de
12 la norme 52-2 qui intervienne le plus rapidement possible, et toujours, en tout cas,
13 pendant le procès.

14 Dans... La Chambre de première instance *Ruto Sang* a bien dit — et je cite : « La
15 requalification juridique ne peut être faite que lors du jugement... lors du jugement
16 du procès. » Donc, pour être concret, ceci fait référence à la période entre les propos
17 liminaires et le jugement rendu en application de l'article 74, ce qui est parfaitement
18 cohérent avec le but de la norme 55 qui est là pour modifier des erreurs au niveau de
19 l'Accusation, mais certainement pas des erreurs au niveau de la Chambre de
20 première instance.

21 Troisièmement, utiliser la norme 55 aussi tard dans le procès serait juridiquement
22 injuste. Ici on parle de l'impact négatif d'une requalification juridique ultérieure au
23 niveau des appels, et nous considérons que ceci serait extrêmement pénalisant pour
24 l'équité du procès. En effet, il y a toutes sortes de positions en ce qui concerne notre
25 question, et cette approche d'équité est celle qui nous guide et qui devrait guider,
26 bien sûr, la Chambre. L'iniquité intervient pour deux raisons : tout d'abord,
27 l'avertissement donné par la Chambre de première instance, suivie par le non
28 déclenchement de la norme 55, et deuxièmement, la possibilité qu'une Défense

1 correcte ne puisse être organisée si la norme 55 devait être invoquée aussi tard dans
2 le procès.

3 Alors, en ce qui concerne le premier point, le fait qu'il n'y a pas eu suffisamment de
4 notifications, eh bien sachez que la Chambre de première instance a donné cette
5 notification, mais avait quand même condamné M. Bemba sur la base du critère
6 « connaissance », considérant qu'il n'était pas nécessaire d'invoquer un standard
7 plus bas. Avec cette décision, donc, la Chambre de première instance a fermé la
8 porte une bonne fois pour toutes. Elle a créé ce qu'on appelle en allemand une
9 « *vertrauenstatbestand* », une situation de confiance, en un mot, c'est-à-dire une
10 situation où les parties au procès peuvent croire en toute bonne foi que, en ce qui
11 concerne une éventuelle requalification par rapport à la norme mentale de l'article
12 28... a été vraiment écartée une bonne fois pour toutes. Cela dit, si la Chambre
13 d'appel, malgré la situation de fait, considère qu'elle doit quand même reparler de ce
14 problème du standard mental applicable, il serait impossible de défendre notre
15 client. La Défense, lorsqu'elle s'est préparée à l'appel, s'est concentrée sur, bien sûr,
16 le jugement et sur les condamnations de M. Bemba qui a été condamné sur la base de
17 ce qu'il savait, de connaissance. Alors, si tout d'un coup, on change le standard et
18 qu'on dit que, plutôt que « *knew* », « savait », on aurait « aurait dû savoir », standard
19 qui a été rejeté par la Chambre de première instance, dans ce cas-là, la Défense
20 n'aurait... ne pourrait monter un dossier qu'hypothétique.

21 Alors, maintenant, je continue, mais c'est vraiment pour la beauté du geste. Si,
22 malgré nos efforts, la Chambre d'appel considère que la norme 55 peut être
23 utilisée aussi tard dans le procès, elle doit le faire, mais avec... sous certaines
24 réserves. Donc, tout d'abord, on voit que la notification de la Chambre de première
25 instance, maintenant, ne sert plus à rien étant donné qu'ils ont décidé de ne pas
26 déclencher la norme 55. Ensuite, la Chambre d'appel devrait entendre et écouter les
27 différents arguments permettant aux différentes parties de présenter des témoins,
28 par exemple, en application de la règle 55-3. Donc, la Chambre d'appel devrait

1 réouvrir l'affaire, alors que nous sommes pratiquement à la fin de l'affaire, et revenir
2 dans les détails pour savoir si ces détails sont... les détails donnés par les témoins
3 sont au niveau du nouveau standard « *should have known* ». Alors, ce n'est pas du
4 tout le but d'un appel, nous le savons tous, premièrement. E donc, nous devons
5 prendre en compte aussi l'article 83, paragraphe 1, qui donne à la Chambre d'appel
6 tous les pouvoirs, certes, de la Chambre de première instance, mais nous savons très
7 bien que lorsqu'on est en appel, on n'est pas là pour recommencer le procès à zéro.
8 Donc, nous considérons que ce serait, en fait, un dévoiement de la Chambre d'appel
9 et de son but.

10 Et en plus, si nous devions... si l'affaire devait être réouverte, eh bien, cela serait sans
11 doute... serait sans doute extrêmement chronophage.

12 Cinquièmement, maintenant, la première fois que le standard... si on appliquait le
13 standard « aurait dû savoir » si tard dans le procès, en fait, c'est comme si on
14 réouvrirait complètement l'affaire de M. Bemba, et on devrait... on irait aussi au-delà
15 des faits et des circonstances au sens de l'article 74-12 (*phon.*) du standard (*phon.*) et
16 de la norme 55-1 qui a à voir avec le retard dans la présentation des arguments.
17 Donc, la Chambre de première instance n'a pas appliqué ce standard « *should have*
18 *known* », « aurait dû savoir », et s'il voulait le changer, ce standard, eh bien, cela
19 aurait un impact sur la base factuelle puisque maintenant, c'est tout à fait différent,
20 savoir ce qu'il... entre les choses qu'il savait ou les choses qu'il aurait dû savoir.

21 Et donc, nous allons nous pencher maintenant sur les réflexions du juge Fulford
22 dans *Lubanga* et du juge Van den Wyngaert dans le procès *Katanga*. Je ne vais pas
23 rentrer dans beaucoup de détails, et j'aimerais beaucoup, pourtant, en parler avec
24 vous, parce que c'est très intéressant. L'intéressant, c'est qu'on ne peut pas séparer
25 d'un côté le droit et de l'autre côté, les faits, surtout quand on parle d'une
26 modification de la qualification juridique.

27 Alors je vais citer ce qu'a dit la juge Van den Wyngaert qui... qui fait partie bien sûr
28 de nos sources, parlant d'une modification du mode de responsabilité sur l'article

1 25-3-a par rapport au 25-3-d... a dit — et je cite : « Cela entraînerait une modification
2 importante dans le récit de l'affaire, qui ne sera plus couvert par l'article 74-2. »
3 Donc, en fait, nous irions au-delà des faits et circonstances de l'affaire. Donc,
4 généralement, savoir s'il y a véritablement une modification ou pas, eh bien, on... il
5 faut l'évaluer, d'après le juge Van den Wyngaert en sachant si un accusé diligent et
6 raisonnable aurait mis sur pied « la » même type de Défense contre les... ce qui lui
7 était reproché précédemment et sa nouvelle charge. Eh bien, ma réponse, bien sûr,
8 c'est non. Il est évident si on avait su qu'on avait à traiter du seuil « aurait dû
9 savoir » par rapport à « savait », il est évident que notre Défense aurait été bien
10 différente. Mais la Chambre d'appel ne peut pas appliquer la norme 55. Voilà ce que
11 nous disons.

12 Et la Chambre d'appel ne peut pas appliquer la norme 55 pour... pour demander à ce
13 que l'on applique un standard plus bas. C'est vraiment totalement interdit. Cela
14 fait 10 ans que cette affaire est en procès et, donc, changer la qualification si tard, ce
15 serait absolument injuste.

16 Question B, maintenant, le... savoir si nous considérons qu'il n'y a que la Chambre de
17 première instance qui peut modifier la qualification.

18 Et, ensuite, l'avertissement de la Chambre de première instance — ça, c'est la
19 question 3 —, d'après nous, n'est pas pertinent étant donné que ça a été fait lors du
20 procès, ça devrait être refait en appel, et nous considérons que ce n'est pas possible.

21 Et, maintenant, l'équité. Qu'en est-il de l'équité ? Il s'agit ici du paragraphe... du
22 paragraphe 83-2 à la fin du Statut. Alors, quand on regarde ce... cette règle, il est bien
23 dit qu'une décision ne peut pas être modifiée au détriment de l'accusé si le sujet en
24 question n'a fait l'objet uniquement d'un appel de l'accusé. Donc, ça, c'est... ça a à
25 voir avec l'équité du procès. Alors, il y a un grand nombre d'autorités qui en parlent,
26 un grand nombre de sources. Donc, cela signifie que ce serait une violation du Statut
27 que d'appliquer une... un seuil plus bas qui, bien sûr, pénaliserait fortement l'accusé.

28 Et la question du juge Morrison hier, à la transcription 47, colonne 1 et suite, il a

1 dit — et je cite : « L'accusé ne doit pas avoir à répondre de charges plus importantes
2 que ce qui a été prévu au titre de la norme 52 » C'est exactement la même chose ici.
3 On est très tard dans la procédure, et il est bien trop tard maintenant pour modifier
4 quelque chose d'aussi essentiel.
5 Et, maintenant, parlons de la *mens rea* qui est nécessaire dans l'article 28.
6 Tout d'abord, relation entre l'article 30 et l'article 28, c'est la connaissance. Dans
7 l'article 30, en fait, on... c'est le *mens rea* de... du Statut, et cela a à voir avec les... la
8 conduite, les conséquences et les circonstances. Et au paragraphe 30... au
9 paragraphe 3, on a la connaissance, la conscience... la prise de conscience que l'on a
10 de... des circonstances, alors que, en ce qui concerne l'article 28, c'est *specialis lex*,
11 puisque c'est un... une connaissance spécifique qui est la connaissance du
12 commandant ou du supérieur hiérarchique.
13 Alors, c'est... ce standard mental, en fait, est basé sur la capacité. Tout le concept de
14 responsabilité du supérieur hiérarchique repose sur le standard mental. Donc, il faut
15 qu'il y ait une connexion mentale *mens rea* entre le crime commis par le subordonné
16 et le commandant. Et c'est une connexion assez lâche ici, parce qu'on ne parle pas de
17 coauteur, on ne parle pas de... d'avoir commis physiquement un crime. Non, on
18 parle ici du fait de la responsabilité que l'on a lorsqu'on n'est pas intervenu pour
19 empêcher des crimes commis par des subordonnés. Donc, la connaissance, en fait,
20 c'est la connaissance totale, la conscience que l'on a de quelque chose. Et cela réfère
21 ici aux crimes commis par les subordonnés.
22 Et dans toutes ces raisons... hier, M. Gallmetzer, dans sa présentation, a essayé de
23 relâcher un peu les exigences, mais c'est une approche erronée, d'après nous. En
24 effet, à l'article 28, ce qui est important, c'est la relation entre le crime du subordonné
25 et ce que le supérieur en savait. Comment puis-je avoir des informations détaillées si
26 je veux démontrer qu'un commandant a... possède bien l'élément mental nécessaire ?
27 Donc, alors, pour ce qui est des deux standards entre « savoir » et « aurait dû
28 savoir », quelle est la différence ?

1 Il faut interpréter ces standards au... à la lumière du chapeau, c'est-à-dire
2 l'article 26 du protocole additionnel I, paragraphe 2. Donc, si vous vous en souvenez,
3 ici, on parle des informations que le commandant obtient, et c'est sur la base de ces
4 informations que détient le commandant qu'il peut conclure que ses subordonnés
5 commettent ou ne commettent pas de crime. Alors, ça, cette information et cette
6 exigence au niveau de l'information détenue est essentiel pour interpréter la... ce...
7 cet article. Donc, au TPIY, TPIY, on a dit... bon, on a traduit ça « avait des raisons de
8 savoir ». Pourquoi il avait des raisons de savoir ? Parce qu'il avait détenu des
9 informations, c'est tout. Mais au titre du Statut de la CPI, on l'a traduit en « aurait dû
10 savoir ».

11 Mais, d'après nous, ça ne signifie pas qu'il y a différence entre « avait des raisons de
12 savoir » ou « aurait dû savoir ». C'est la même chose quand même, puisque la base
13 de cette connaissance, c'est l'information, toujours. Et si cette information n'existe
14 pas, eh bien, dans ce cas-là, on peut discuter, on peut savoir quelle est l'information
15 bien précise qui doit être disponible ou pas.

16 Ce qui m'amène maintenant au... à la connaissance constructive, comme on dit —
17 *constructive knowledge*. Moi, je n'aime pas du tout ce terme, je le trouve très ambigu.
18 Cela ne signifie absolument pas que l'on peut déduire la connaissance des faits
19 objectifs dans le sens de la responsabilité stricte, pas du tout. C'est « aurait dû
20 savoir », « aurait pu avoir des raisons de savoir », donc il y a toujours eu la
21 déduction que la... que le savoir est basé sur l'information dont... que détient le
22 supérieur.

23 Et, d'ailleurs, Darry Robinson a très bien expliqué cette... cette... ce concept, et il fait
24 figure dans nos sources d'ailleurs, voudriez-vous y référer.

25 Alors, maintenant, cette exigence au niveau de l'information est le dénominateur
26 commun de tout fondamental que l'on obtient dans l'article 28. Donc, il n'y a pas de
27 responsabilité stricte, mais il y a... il faut absolument qu'il y ait une information.

28 Maintenant, qu'en est-il du... de la... « a délibérément négligé » ? Là, c'est un

1 standard un peu plus élevé, puisqu'il faut quand même qu'il y ait des informations
2 disponibles qui soient vraiment fiables. Là, on a une petite différence entre un
3 supérieur militaire et un supérieur civil, puisque ce... en fait, moi, je ne suis... et moi,
4 je ne suis vraiment pas si sûr que l'on puisse considérer M. Bemba comme étant un
5 commandant militaire.

6 Regardez à Nuremberg, ici, nous avons une affaire assez hybride, puisqu'on a un
7 homme politique qui est... qui sait plus ou... qui est plus ou moins militaire, enfin,
8 qui est plus ou moins en train de commander des troupes... des troupes. Enfin, ce
9 n'est pas vraiment très clair. Et si c'est le cas, d'ailleurs, l'exigence qui est bien plus
10 stricte pour un commandant militaire au titre du sous-paragraphe A de
11 l'article 28 doit... ne devrait pas être appliquée ici, puisqu'on a plutôt un supérieur
12 hiérarchique civil, et, par définition, celui-là n'a pas la... le même pouvoir de
13 commandement.

14 Bon, ceci a été débattu, je le sais, et on a considéré qu'il fallait appliquer le
15 paragraphe A, mais moi, je ne pense que ce n'est pas du tout aussi clair que cela.

16 Est-ce que j'ai encore du temps ?

17 J'aimerais demander à M^{me} le greffier qui doit surveiller mon temps de parole : où en
18 suis-je ?

19 M^{me} LA GREFFIÈRE (interprétation) : [09:53:15] Vous avez encore 10 minutes.

20 M^e AMBOS (interprétation) : [09:53:18] Dix minutes, c'est beaucoup. J'espère que...

21 Bon, je vais abandonner un peu de mes 10 minutes, et puis comme ça, on aura plus
22 de temps pour les questions, n'est-ce pas ?

23 Et... Enfin, je vais quand même vous parler de mon interprétation du... de la
24 responsabilité du commandant hiérarchique. Ce n'est pas fragmenté, d'après nous.

25 La responsabilité du commandant hiérarchique, c'est un mode de responsabilité très
26 complexe. Si on modifie un élément d'un côté, par exemple, l'élément mental, tout
27 est modifié. Les contre-mesures, par exemple. Donc, on ne peut pas avoir la même
28 exigence pour les contre-mesures s'il n'y a pas « savait », mais « aurait dû savoir ».

1 C'est complètement différent dans ce cas-là. Donc, si on réduit le seuil du standard,
2 on ne peut plus utiliser les éléments de preuve qu'on a eus... qu'on a obtenus lors de
3 la confirmation et lors du procès sans voir comment, quelles vont être les
4 répercussions sur ce nouveau... de ce nouveau standard sur tout cela. Donc, il va
5 falloir à nouveau évaluer tous les éléments de preuve si ce standard est appliqué. Il
6 faut tout recommencer. On ne peut pas tout simplement tirer un trait en disant
7 « allez, on change les faits et les circonstances au titre de l'article 74, paragraphe 2 ».
8 C'est impossible.

9 Donc, je pense que, vraiment, ici, on a une Chambre d'appel qui est devant un
10 dilemme, quelque chose de fort compliqué, une situation très difficile du fait de ce
11 déclenchement ou non, déclenchement de la norme 55. On ne peut pas déclencher la
12 norme 55. On ne peut pas changer comme ça les critères sans modifier les faits qui
13 sont en dessous et qui sont sous-jacents.

14 Donc, je considère qu'on ne peut absolument pas appliquer cette norme.

15 Ensuite, pour ce qui est...

16 J'ai encore une minute, donc je l'utilise avec plaisir.

17 Donc, la décision quand même que vous allez prendre est essentielle. Vous faites
18 l'histoire, vous écrivez l'histoire juridique, vous allez définir pour la première fois le
19 concept de responsabilité de... du supérieur hiérarchique, qui va sans doute
20 correspondre à... aux exigences menant à la culpabilité que nous demandons depuis
21 fort longtemps.

22 La responsabilité de commandant affecte tout le monde. Ça affecte les opérations de
23 maintien de la paix, l'Otan, les commandants militaires dans... sur la terre entière,
24 tous les militaires. Faites attention. Cette disposition ne peut pas être déclenchée
25 comme ça sans réfléchir aux conséquences.

26 Et donc, j'espère que nous allons pouvoir rentrer dans les détails de cette discussion
27 vraiment passionnante.

28 Je vous remercie.

1 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [09:56:09] Oui,
2 merci beaucoup.
3 Et êtes-vous prêt ?
4 M^{me} BRADY (interprétation) : [09:56:11] Oui, c'est Mathew Cross qui représentera le
5 Procureur.
6 M. CROSS (interprétation) : [09:56:23] Bonjour.
7 Juste pour l'intendance, je voudrais vous dire que je vais utiliser également des
8 écrans qui seront affichés sur le canal « *Evidence 2* ». Et j'ai des exemplaires imprimés,
9 si vous le souhaitez. Cela peut être distribué par courriel, si vous souhaitez, après ma
10 présentation.
11 Vu toutes ces questions qui se chevauchent et qui sont intimement liées les unes aux
12 autres, je vais les aborder en ordre inverse. Je vais commencer par les questions C et
13 D, puis je vais aborder les... la question B qui sont les pouvoirs de la Chambre
14 d'appel et, enfin, la question A.
15 Et en répondant à vos questions, je voudrais vous dire combien nous insistons sur le
16 fait que, pour l'Accusation, la Chambre a défini de manière tout à fait raisonnable
17 que M. Bemba connaissait les crimes commis par le MLC, sur base d'ailleurs des
18 paragraphes 760 à 718 du jugement.
19 Dans sa réponse, la Défense nous a amenés à penser ou suggéré que, en fait,
20 M. Bemba n'était pas au courant de la perpétration de ces crimes — réponse,
21 paragraphe 37.
22 La Chambre a jeté le doute sur la crédibilité des témoins qui avaient été présentés
23 par la Défense et a refusé... rejeté la possibilité de M. Bemba qui disait ne pas être au
24 courant des rapports de la RFI. Et c'est ce que nous retrouverons d'ailleurs dans le
25 jugement, la note C1 de notre liste de référence qui a été présentée ce lundi dans
26 notre écriture 3593.
27 Donc, nous, nous disons que M. Bemba n'a pas reçu des informations conflictuelles.
28 Et c'est d'ailleurs ce que la Chambre elle-même a rejeté également.

1 Pour aborder la question sur le *mens rea* et l'article 28, nous, nous avançons que la
2 norme sur la connaissance reprise à l'article 28 est un test subjectif qui inclut mais
3 qui n'est pas limité au concept de connaissance en fonction de l'article 30 au sous-
4 paragraphe 3, et interprété par la Chambre d'appel.

5 La connaissance ou plutôt la signification de « aurait dû savoir » se fonde sur le
6 manquement coupable d'un supérieur hiérarchique dans ses connaissances. Et c'est
7 pour cette raison que nous devons faire la différence entre « devait avoir
8 connaissance » et « avait de bonnes raisons de savoir », et que, en fait, cela s'inscrit
9 dans l'article 28-b qui est aussi un test subjectif ici par rapport à la connaissance sur
10 les crimes commis par les subordonnés. C'est dans ce contexte que nous pensons que
11 la connaissance subjective des crimes présumés, même si un supérieur n'est pas
12 convaincu, s'inscrit vraiment dans cette... dans ce concept de connaissance aux
13 termes de l'article 28.

14 Je vais revenir là-dessus un peu plus en détail, mais avant de... d'aborder
15 l'article 28 et le cœur même de cet article 28, je voudrais prendre plutôt l'article 30.

16 D'abord, comme mon contradicteur vient de le dire, l'article 30 ne s'applique que si
17 l'article 28 est bien interprété et s'il n'y a pas là de disposition contraire.

18 Et c'est ce que l'on doit comprendre à la lumière de la Convention de Vienne.
19 Ensuite, quand l'article 28, justement, prévoit des dispositions contraires, il faut aussi
20 repenser l'article 30 alinéa 3. Nous, nous avançons que la Chambre d'appel ne peut
21 pas non plus s'inscrire en faux par rapport à la position qui fut la sienne au
22 paragraphe 447 dans l'affaire *Lubanga*. La connaissance est une conséquence de... du
23 déroulement naturel des choses et amène à une certitude virtuelle, en d'autres
24 termes à très... un niveau très élevé de confiance — une norme sur laquelle,
25 d'ailleurs, le Procureur n'est pas d'accord, mais qui est une décision de la Cour et
26 dès lors, nous nous y soumettons.

27 Mais si nous nous trompons, alors, *Lubanga*, peut-être, apporte plus de nuances qu'il
28 n'y paraît et peut-être qu'il n'y a pas de différence entre « les articles » 28 et

1 l'article 30 sous-paragraphe 3 quand il s'agit de « connaissance » entre guillemets.
2 Donc, dans l'interprétation de l'article 28, je crois qu'il y a des choses qui sont très
3 claires, qui sont évidentes et je vous invite, d'ailleurs, à prendre l'écran et voir « ces
4 articles 28-a-i » et l'article 28-b-i. En effet, l'article 28 doit être lu à la lumière de
5 l'article 30 paragraphe 3, donc, qui est le terme « connaissance ». Par contraste,
6 « délibérément néglige » (*phon.*) suggère que l'information était disponible et qu'il
7 n'y avait pas de connaissance subjective du contenu alors que « aurait dû savoir »
8 suggère plutôt une connaissance subjective et un plus grand niveau d'insouciance ou
9 de négligence. Et l'objectif même et la raison d'être de cet article 28 sont également
10 très significatifs et ne peuvent être contestés. Prenons l'article 25, cette fois-ci, qui,
11 pour les auteurs, punit la participation à un crime tandis que l'article 28 reflète
12 l'intention et une punition lorsque le supérieur hiérarchique ne contrôle pas
13 suffisamment ses subordonnés, qu'il n'a pas empêché ou réprimé les crimes. C'est
14 cette intention qui est exprimée dans le chapeau de l'article 28 et si nous le
15 comprenons fort bien aussi d'ailleurs aussi dans les articles 86 et 87 du premier
16 protocole supplémentaire. L'article 28 a un rôle bien particulier qui consiste à
17 encourager les supérieurs hiérarchiques, à assumer leurs devoirs et leurs fonctions et
18 à punir, de manière réelle. Et donc, il est essentiel de déclencher... déclencher —
19 pardon — le *mens rea* parce que sinon, finalement, l'article 28 n'a plus de raison
20 d'être et c'est d'ailleurs ce que nous avons repris dans notre paragraphe 252 de notre
21 réponse : les États pensent que cette disposition est essentielle et au cœur même du
22 Statut de Rome.

23 Et c'est ainsi que la définition du terme « connaissance » était essentielle parce que,
24 sinon, un supérieur hiérarchique ne serait plus responsable s'il suffisait de
25 s'informer et puis de faire preuve d'un certain scepticisme par rapport à
26 l'information qui a été recueillie.

27 Un commandant ou un supérieur responsable — raisonnablement responsable —
28 qui croit, par exemple « Oh, mes hommes ne le feraient jamais ! » pourrait alors

1 échapper à toutes responsabilités. Ce n'est que... le commandant qui a vraiment
2 perçu l'intention des crimes de ses subordonnés est dès lors coupable. Et si on devait
3 lier la responsabilité à ce niveau de certitude, c'est quand même assez étrange dans
4 le contexte d'un conflit armé puisque, une fois de plus, c'est quelque chose que nous
5 avons repris dans notre réponse, ce sont les paragraphes 181 à 183, un supérieur ne
6 peut jamais être certain de quoi que ce soit et ils assument leurs fonctions quel que
7 soit leur niveau de certitude.

8 Alors, à ce moment-là, pourquoi, dans l'exercice de ses fonctions, ne va-t-il pas
9 empêcher ou réprimer les crimes de ses subordonnés ? Alors, nous devons voir,
10 donc, ce contexte dans lequel l'article 28 s'inscrit. Une interprétation systématique de
11 ces différents seuils est essentielle et il faut les comprendre. De toute façon, ils sont
12 intimement liés et c'est exactement ce que nous allons essayer de faire en vous
13 présentant ces illustrations à l'écran.

14 Alors, il y a deux choses qui sautent aux yeux. D'abord, tout en haut, nous avons le
15 terme « connaissance ». Le terme « connaissance » comprend, même si ce n'est pas
16 limité à cette notion, c'est la connaissance du supérieur hiérarchique qui est
17 convaincu des crimes commis par ses subordonnés, même s'il n'y a pas de certitude
18 virtuelle. En effet, nous avons ici un *dolus directus*, une intention spécifique au
19 deuxième degré qui, dans un autre contexte, pourrait être démontré comme étant,
20 quelque part, un acte de volonté, ce que nous avons d'ailleurs dans un droit
21 coutumier.

22 Ensuite, à l'autre extrémité, nous avons « aurait dû savoir ». Mais qu'est-ce que ça
23 veut dire, exactement ? Pour nous, et c'est ce que nous avons ici, nous avons un test
24 à trois niveaux. D'abord, quand la situation l'exige, l'accusé ne prend pas les
25 mesures normales qu'un supérieur hiérarchique raisonnable aurait « pris » pour
26 éviter que ça se passe, et troisièmement, ce sont ces initiatives qui auraient alerté un
27 supérieur hiérarchique raisonnable des crimes commis par ses subordonnés.

28 Il n'est nullement prévu que le supérieur ait une connaissance subjective des crimes

1 de ses subordonnés et c'est là que nous nous inscrivons en faux par rapport à la
2 Défense.

3 Et comme on le voit sur cet autre écran, c'est une interprétation qui découle non
4 seulement du texte même, du libellé de l'article 28, mais de toute une série de
5 sources.

6 On me dit que les présentations ne suivent pas au même rythme que sur mon écran.
7 Oui, en effet, c'est ceci que nous devrions avoir ici.

8 Donc, notre interprétation se fonde sur le texte de l'article 28, mais sur toute une
9 gamme de sources. Malheureusement, on n'a pas le temps de rentrer dans
10 l'historique de cette disposition « aurait dû savoir », entre guillemets, on pourra
11 toujours y revenir, mais nous avons ici plusieurs sources essentielles qui nous
12 montrent, justement, ce manquement, cette incapacité comme nous l'avions
13 envisagé.

14 Il y a deux choses que je voudrais mettre en relief : d'abord le test... le test « aurait dû
15 savoir » n'est repris que dans l'article 28-a et donc, ne s'applique qu'à des supérieurs
16 militaires et paramilitaires, ce qui est tout à fait cohérent avec la notion selon laquelle
17 ces personnes-là ont les moyens pratiques d'être tenues informées des activités de
18 leurs troupes et, en plus, en ont le devoir, l'obligation.

19 Et deuxièmement « aurait dû savoir » est tout à fait différent de « avait des
20 raisons de croire » que nous avons dans le droit coutumier parce que ça, c'est une
21 information sur ce que les subordonnés font et une information qui est simplement
22 rendue disponible. Donc, « aurait dû savoir » implique qu'il y a tout un devoir
23 d'enquête dans le chef du supérieur hiérarchique. Et donc, cette portée du « aurait
24 dû savoir » peut s'expliquer par le fait que cela s'applique uniquement aux militaires
25 et aux supérieurs paramilitaires alors que « a de bonnes raisons de croire » ou « a des
26 raisons de croire » s'applique aux supérieurs civils, cette fois.

27 Alors, quand il s'agit de supérieurs civils, encore une fois, qu'est-ce que l'on voit ici ?
28 On voit la norme supplétive de l'article 28-b qui s'inscrit même dans le système de la

1 responsabilité du supérieur hiérarchique et de son *mens rea*. C'est ce qu'on a ici.
2 C'est, en fait, une norme quand on parle de « délibérément négligé » et plus exigeant
3 quand il s'agit de « aurait dû savoir » parce que c'est lorsqu'on n'a pas tenu compte
4 d'une information qu'on tenait. Quand on parle de « délibérément négligé » c'est un
5 test qui n'est pas un test sur la connaissance, puisque le supérieur a simplement
6 négligé d'apprécier, de manière subjective, l'information pertinente. La subjectivité,
7 dans le chef de la connaissance du supérieur hiérarchique est qu'il y a certaines
8 informations qui auraient dû être connues et dont il n'aurait pas pris connaissance.
9 Alors, ce qui est clair c'est que quand on prend l'article 28-a on voit très, très bien
10 qu'on a des tests objectifs sur ces notions de « aurait dû savoir » et « délibérément
11 négligé ». Donc, le supérieur hiérarchique avait une connaissance réelle des crimes
12 connus. Par contre, quand on prend l'article 30, le terme « connaissance », ici, qu'on
13 a en rouge, non seulement celui-ci est au courant des crimes commis, mais il en est,
14 de surcroît, convaincu.
15 Donc, ici, nous sommes encore à un niveau plus élevé. Mais il y a là tout un décalage
16 logique puisqu'il y a aussi toute une autre gamme de connaissances pour la
17 responsabilité du supérieur hiérarchique. Et c'est ce que nous avons ici à l'écran.
18 C'est ce niveau-là de connaissance.
19 Ici, le supérieur hiérarchique sait fort bien quelles sont les accusations de crimes sur
20 ses subordonnés, mais pour toutes sortes de raisons soit n'y croit pas ou n'est pas
21 convaincu virtuellement de l'existence de ces crimes. C'est encore toujours le terme
22 « connaissance » au sens le plus courant du terme et si vous rentrez dans le bureau
23 d'un de vos supérieurs hiérarchiques et vous parlez de cette accusation, il saura fort
24 bien de quoi vous parlez, à ce moment-là.
25 Nous, on ne parle pas, ici, d'une rumeur. Celle-ci ne répond pas aux critères du test.
26 Ce que nous proposons, c'est que la Cour évalue le... le seuil suffisant d'informations
27 qui doit être requis. Mais il ne serait pas non plus vrai, dans ce scénario, de dire que
28 le supérieur hiérarchique n'est pas au courant du crime, « ne le connaît pas » — entre

1 guillemets — même s'il n'est pas tout à fait convaincu de l'accusation.
2 Malgré tout, cela devrait déclencher ce devoir qui est le sien de soit empêcher soit
3 punir. Et ici, donc, nous avons une compréhension tout à fait différente de la norme
4 alternative 28.
5 Il y a ici des critères objectifs, il y a une hypothèse selon laquelle le supérieur ne
6 connaîtrait pas les crimes des subordonnés. Donc, ce n'est pas parce qu'on n'est pas
7 convaincu qu'il n'y a pas de connaissance ; connaissance, c'est connaissance. Ce n'est
8 pas parce qu'on n'a pas une conviction, une certitude virtuelle qu'il y a tout
9 simplement un manque de connaissance, une ignorance totale. Et donc... il faut donc
10 reprendre les seuils objectifs de l'article 28 et se dire qu'une connaissance subjective
11 de ces crimes fait que la norme ne serait plus valable.
12 Je crois qu'il faut surtout reprendre ce concept de *mens rea* dans le droit coutumier.
13 Comme vous pouvez le voir nous avons les seuils de connaissance et nous avons
14 cette notion d'empêcher, de manière consciente certes, mais il est clair que si
15 l'information est disponible au supérieur — comme nous l'avons vu dans les affaires
16 *Delalić* et aussi *Blaškić* dans le paragraphe 62 et les écritures du professeur Robinson
17 aux pages 643 à 644 —, il faut que l'information soit disponible au supérieur. Et c'est
18 tout à fait cohérent avec le fait que cela s'applique à la fois aux supérieurs militaire et
19 civil. Mais ce en quoi l'article 28 est différent, c'est qu'il introduit cette idée de
20 « aurait dû savoir », pour les supérieurs hiérarchiques militaires et paramilitaires,
21 qui n'existait pas à l'époque dans le droit coutumier — du moins, à l'époque du TPIY
22 et du TPIR — et c'est pour cette raison qu'il serait tout à fait erroné de penser qu'une
23 norme subjective qui provient du droit international coutumier puisse être coincée
24 dans cette notion de « aurait dû savoir » alors qu'« aurait dû savoir » porte beaucoup
25 plus loin, en tous les cas, c'est ce que l'on voit ici dans cette Cour.
26 Je voudrais maintenant me tourner vers la norme 55 et aborder de la deuxième
27 question de la Chambre sur le pouvoir de la Chambre à requalifier les faits.
28 Notre réponse est — et ça ne vous surprendra pas, bien sûr — oui. En effet, cela

1 découle de la... de cette norme 55, mais aussi des fonctions et des pouvoirs qui ont
2 été conférés à la Chambre d'appel. Quand on voit comment votre question a été
3 posée, je... nous allons surtout aborder cette question à la lumière de la norme 55, qui
4 serait peut-être un peu différente de ce que nous avons entendu.
5 Je vous l'affiche.
6 Et pour répondre brièvement au professeur Ambos, pour nous, cette norme 55 n'est
7 pas *ultra vires*, surtout que celle-ci a été reconnue et acceptée par la Chambre d'appel,
8 que ce soit dans l'affaire *Lubanga* ou que ce soit dans l'affaire *Katanga* — ce sont
9 autant de sources que nous avons. Il n'y a aucune raison de penser qu'on devrait se
10 distancier des décisions prises par le passé. En effet, ici, cette norme 55 fait référence
11 aux décisions... aux termes de l'article 74 si, à un moment quelconque — comme on
12 dit —, on peut requalifier. Il n'est pas précisé quelle phase de la procédure. Il est vrai
13 que, dans l'affaire *Katanga*, au paragraphe 66, il a été déclaré que le procès continue
14 même pendant les délibérations.
15 Mais, en tous les cas, il est clair que le terme « procès » comprend la procédure en
16 appel, ce que l'on retrouve dans deux articles. D'abord, l'article 83-1 du Statut qui,
17 aux fins des procédures, prévoit que, donc, « les articles 80 et 83 tous les pouvoirs
18 confiés à la Chambre d'appel. » Nous avons ici un appel aux termes de l'article 81 et,
19 donc, la Chambre d'appel a tous les pouvoirs d'une Chambre de première instance
20 du fait de cette norme 55 et rien, dans l'article... dans la norme 55, ne l'exclut et rien
21 ne pourrait l'exclure, d'autant que l'article 52-1 des Statuts prévoit que ces normes
22 correspondent et respectent le Statut.
23 Ensuite, l'article 83-2 des Statuts prévoit que la Chambre d'appel peut offrir et
24 proposer des remèdes, et modifier la décision de la Chambre de première instance.
25 Maintenant, si on devait penser que la Chambre d'appel n'a pas de pouvoir sous
26 cette norme 55-2, eh bien, automatiquement, du coup, en fait, il n'y aurait plus de
27 raison d'avoir d'appel. Et la Chambre d'appel ne pourrait tout simplement même
28 plus appliquer le droit aux conclusions de la Chambre de première instance.

1 Ensuite, l'objectif de cette norme 55-2 confirme qu'elle pouvait faire l'objet d'un
2 appel. Et c'est quelque chose que l'on retrouve, d'ailleurs, dans la décision *Katanga* —
3 prenez ce qui est affiché à l'écran —, c'est pour, justement, compenser les lacunes et
4 éviter les situations dans lesquelles, justement, une qualification juridique n'est pas
5 exacte. Alors, dans quelle mesure ceci est d'autant plus vrai dans le cas d'un appel,
6 puisque, justement, comme M^{me} Brady nous l'a expliqué hier, c'est l'expertise
7 juridique de la Chambre d'appel qui s'applique ici.

8 Et c'est pour toutes ces raisons que, nous, nous avançons l'idée selon laquelle la
9 Chambre d'appel a le pouvoir d'apporter une nouvelle qualification aux faits aux
10 termes de la norme 55. Le tout est de savoir quand.

11 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [10:18:39] Vous avez parlé de la
12 norme 83... 83-2, est-ce que vous allez reprendre cela ?

13 M. KROS (interprétation) : [10:18:51] Eh bien, oui, c'est vrai que je n'avais pas
14 l'intention d'aborder cela ici, mais je pourrai le faire dans les questions par la suite si
15 vous le souhaitez. Merci beaucoup.

16 Donc, la question qui reste à être posée est de savoir quand on peut requalifier les
17 faits. En fait, les faits peuvent être requalifiés entre « connaissance » et « aurait dû
18 savoir » pour toutes les raisons que je viens de vous expliquer. Et ça, c'est parce que
19 cette possibilité a déjà été offerte et que le procès avait été mené sur base d'un
20 changement qui, maintenant, peut être abordé. Et c'est vrai que je ne comprends pas
21 pourquoi simplement le fait que la Chambre prévienne ne suffit pas. Puisque nous
22 avons cette... cette... l'intention est apportée et je crois que cela peut être fait. C'est
23 une question de principe. Même si ce n'est pas indispensable ici, je crois que la
24 Chambre d'appel elle-même peut très bien avertir de cette possibilité de
25 requalification, c'est ce qui découle de l'interprétation de la norme 55-2 aux termes
26 des articles 52-1, 81, 83-1 et 83-2 du Statut.

27 De surcroît, la Chambre d'appel a, à plusieurs reprises, insisté sur le fait que la
28 norme 55 ne peut être utilisée que s'il y a des clauses de sauvegarde pour garantir

1 l'équité des procédures — prenez la décision 3363, paragraphes 87, 88 de la décision
2 *Katanga*. Donc, même si les délibérations judiciaires de la Chambre ont déjà
3 commencé dans l'appel *Katanga*, on voit qu'il n'y a pas de raison de principe pour ne
4 pas annoncer une requalification. Ce qui est important, par contre — et c'est
5 exactement ce que je venais de dire au paragraphe 91 —, c'est comment la Chambre
6 mène cette procédure et les mesures qui sont prises de façon à protéger les droits de
7 l'accusé.

8 En effet, la Chambre d'appel reconnaît, comme on le voit ici, « et » c'est possible que
9 « des modifications à la qualification juridique des faits peut être faite tard dans la
10 procédure, y compris lors de l'appel, et une révision de toute la procédure sans pour
11 autant que cela porte préjudice à l'équité. »

12 Donc, on voit que la Chambre d'appel peut procéder à une requalification des faits et
13 peut elle-même avertir de cette éventuelle requalification et l'annoncer. Et, tout cela,
14 aux termes de l'article 83-1 du Statut qui permet, d'ailleurs, de garantir cette équité,
15 permettre à la Défense d'avoir le temps nécessaire pour préparer de nouvelles
16 écritures, voire demander des témoignages supplémentaires.

17 Donc, dans le respect de la logique même de la norme 55, ici les charges sont ce
18 qu'elles étaient, définies par les faits et les circonstances tels que plaidés et non pas
19 par leur qualification juridique, et c'est ce que l'on lit dans la décision 3363,
20 paragraphe 49 de *Katanga*.

21 Bon, je sais que le temps coule et donc, s'agissant de la requalification des faits, s'il
22 était décidé que M. Bemba, qui a été... à qui on a reproché... « savait » des crimes de
23 ses subordonnés plutôt qu'« aurait dû savoir » et... d'ailleurs, l'on voit que si la
24 réponse est « oui », c'est ce que l'on a dans la décision 2324 paragraphe 5. Et même
25 dans ce cas-là, M. Bemba serait encore toujours responsable du même mode de
26 responsabilité, la responsabilité du supérieur hiérarchique. La seule chose qui
27 change, c'est le type de connaissance. Cette nouvelle qualification n'irait pas au-delà
28 des faits et des circonstances dont il a été inculpé. Tout simplement parce que, ici,

1 votre conclusion aurait été que M. Bemba n'était pas convaincu virtuellement des
2 crimes commis par ses subordonnés, mais avait une connaissance subjective et
3 suffisamment d'anticipation. Et c'est ce que l'on retrouve, en fait, dans la signification
4 de l'article 28-a et, même si nous ne sommes pas en phase, l'histoire même de ce
5 procès nous montre que tout ce qui s'est passé était tout à fait cohérent et faisait
6 partie même de tout l'argument contre M. Bemba.

7 Prenez l'écran. Dans... La Chambre préliminaire, dans sa décision de confirmation, a
8 fait part du fait que les mêmes facteurs qui établissaient sa connaissance réelle
9 devraient être réévalués pour voir si M. Bemba aurait dû savoir. C'est vrai que, lors
10 du procès, le Procureur n'a pas changé sa... son approche, une fois de plus, alors
11 qu'ils ont annoncé l'utilisation de la norme 55. Dans la décision 2324, le Procureur a
12 aussi expliqué qu'il présenterait les mêmes accusations et les mêmes éléments de
13 preuve pour cette norme à un seuil inférieur — que l'on retrouve, d'ailleurs, dans
14 plusieurs citations dans l'écriture 2334. Et la Chambre était d'accord — et c'est ce que
15 l'on retrouve dans la décision 2480 —, quand les faits et les circonstances ainsi que
16 les éléments de preuve qui ont été présentés pour prouver l'un et l'autre sont
17 « identiquement pareils ».

18 C'est une approche qui est tout à fait cohérente avec celle qui a été prise par la
19 Chambre d'appel *Katanga* qui a refusé, dans sa décision 3363 aux paragraphes 50, 57,
20 58, les arguments qui avaient été présentés par M. Bemba, par exemple, dans son
21 écriture 2451, paragraphes 19 à 21.

22 Et enfin, Messieurs et Mesdames les juges, tous préjudices de procédure éventuels à
23 l'encontre de M. Bemba ont été corrigés puisque la Chambre a suspendu le procès de
24 façon à permettre à M. Bemba d'avoir le temps nécessaire pour préparer sa défense
25 — décision 2480 paragraphes 13 à 15. Le procès n'a pu reprendre que quand la
26 Défense a choisi de reprendre et c'est, d'ailleurs, ce que la Chambre elle-même a
27 déclaré et quand la Défense a renoncé à l'opportunité qui lui était donnée de se
28 défendre — nous avons ça au paragraphe 10, décision 2492, décision 2500,

1 paragraphe 21.

2 Mais donc, ils ont eu l'occasion et ils ne l'ont pas saisie. Ils ont fait un choix tactique,
3 pendant la procédure, de ne pas poursuivre cette option. Ce n'est pas pour ça que,
4 maintenant, ils auraient le droit de faire de la Cour et de notre procédure d'appel les
5 otages d'une interprétation juridique correcte de la requalification des faits repris
6 dans les charges.

7 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [10:26:27] Merci
8 beaucoup. Nous aurons des questions après des questions après la pause.

9 Nous passons la parole au représentant des victimes.

10 M^e N'ZALA (interprétation) : [10:27:14] Merci, Madame le Président.

11 L'équipe de la représentation des victimes va donner ses réponses par rapport au
12 groupe de questions relatives à la responsabilité du supérieur hiérarchique.

13 Je présenterais, à l'occasion, des réponses concernant l'élément moral en ce qui
14 concerne la norme « savoir » et « aurait dû savoir », ainsi que la question de la
15 qualification juridique, notamment, la question de l'article 55.

16 Et M^e Douzima reviendra sur les questions relatives à la modification et à
17 l'interprétation de la norme « savoir ».

18 Cela dit, les normes « savoir » ou « aurait dû savoir » sont édictées à l'article 28-a-i
19 du Statut, à l'effet de déterminer la responsabilité pénale du chef militaire ou d'une
20 personne faisant effectivement fonction de chef militaire pour les crimes commis par
21 les forces sous son commandement et son contrôle effectif ou son autorité et contrôle
22 effectif, selon les cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qu'il convenait sur ces
23 forces.

24 La Chambre préliminaire a précisé la distinction entre ces deux normes en tant
25 qu'élément de la faute de la personne responsable. D'une part, le « savait », qui exige
26 une connaissance effective, et « aurait dû savoir », qui renvoie à une forme de
27 négligence et, cela, dans la décision de confirmation des charges au paragraphe 429.

28 D'après la Chambre préliminaire, la norme « savoir » exige pour sa caractérisation

1 des preuves directes ou indirectes. Et il en a été ainsi dans l'affaire *Le Procureur*
2 *c. Kordić et Čerkez* concernant le jugement du 26 février 2001, à la page... au
3 paragraphe 427.

4 Quant à la norme « aurait dû savoir », elle exige la simple négligence du
5 supérieur de se renseigner sur le comportement illégal de ses subordonnés. Nous
6 renvoyons cette réponse à la décision de confirmation des charges, au
7 paragraphe 432.

8 Alors, le passage de la norme « savoir » à la norme « aurait dû savoir » de
9 l'article 28-a-i du Statut entre dans le cadre du pouvoir de la Chambre de première
10 instance de modifier la qualification juridique des faits tel qu'il est indiqué à la
11 norme 55-2 du Règlement de la Cour et il est parfaitement cohérent au regard des
12 circonstances des faits.

13 En effet, l'article 83-1 du Statut dispose « aux fins des procédures visées à l'article 81,
14 concernant l'appel d'une décision sur la culpabilité ou la peine, et au présent article,
15 la Chambre d'appel a tous les pouvoirs de la Chambre de première instance », tel
16 que décrit à la norme 55 du Règlement de la Cour.

17 Et en résulte que la Cour d'appel... la Chambre d'appel — au temps pour moi —,
18 peut elle-même modifier la qualification juridique des faits. Et à cet égard, la
19 jurisprudence *Lubanga* est parfaitement éloquente pour ces précisions.

20 En effet, la Chambre d'appel arrivera à ses propres conclusions quant à la loi
21 appropriée et déterminera si la Chambre de première instance a mal interprété la loi.

22 Un jugement est « matériellement affecté par une erreur de droit si la Chambre de
23 première instance aurait rendu un jugement qui est substantiellement différent de la
24 décision qui a été affectée par l'erreur, s'il elle n'avait pas commis l'erreur ».

25 La Chambre d'appel peut donc en l'espèce, dans notre affaire, corriger les erreurs
26 constatées en restant dans le périmètre défini par la décision de confirmation des
27 charges.

28 Madame le Président, c'était le point auquel je tenais à vous présenter, le reste des

1 réponses sera, donc, détaillé par ma consœur, M^e Douzima.
2 Je vous remercie.
3 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT : [10:32:27] Merci, Maître N'Zala.
4 M^e DOUZIMA LAWSON : [10:32:34] Concernant le point C, nous notons que... nous
5 notons l'analyse de la Chambre préliminaire sur la distinction entre la connaissance
6 requise par l'article 33 et celle prévue par l'article 28-a-i. C'est ce qui ressort de la
7 décision de confirmation des charges au paragraphe 479.
8 Toutefois, nous relevons que ces articles ont des points communs relevant des
9 circonstances et des conséquences.
10 La définition de « savoir » qui se traduit en « connaissance » au paragraphe 3 de
11 l'article 30 est pertinente pour l'article 28-a-i, les deux dispositions ayant pour
12 dénominateur commun, donc, les circonstances et la conséquence.
13 Concernant le point D, la Chambre préliminaire a rappelé l'historique de la
14 rédaction de la disposition relative à... « aurait dû savoir », en ce sens que les
15 auteurs du Statut — que nous appelons ici « le législateur » — avaient l'intention
16 d'adopter une position plus stricte à l'égard des chefs hiérarchiques et assimilés. Et
17 en parlant de chefs hiérarchiques et chefs militaires et assimilés, pour répondre à la
18 Défense, la... le condamné fait bien partie de ces chefs hiérarchiques et assimilés,
19 qu'à l'égard d'autres supérieurs qui répondent au paramètre exposé à l'article 28-b,
20 nous rappelons aussi la position de la Chambre préliminaire, laquelle a notamment
21 relevé le critère — je cite : « avait des raisons de savoir », consacré par les Statuts du
22 TPIR, du TPIY et du TSSL, qui se distingue de la norme « aurait dû savoir ».
23 Toutefois, la Chambre estime que le critère « avait des raisons de savoir » consacré
24 par ces Statuts, en dépit de cette différence, les critères ou indices élaborés par ces
25 tribunaux ad hoc pour déterminer s'il est satisfait au critère « avait des raisons de
26 savoir » peuvent également se révéler utiles au moment d'appliquer la norme
27 « aurait dû savoir », ne fût-ce que pour déterminer si un supérieur aurait pu... dû
28 savoir — pardon — que les crimes avaient été commis ou risquaient de l'être.

1 La Chambre préliminaire a relevé aussi que, conformément à l'article 16 des Statuts
2 du MLSC, et comme l'a indiqué un témoin, l'ALC, qui est de la branche militaire du
3 MLC, est placée sous le contrôle de son président, lequel président se trouve être le
4 condamné.

5 La Chambre a aussi relevé qu'un système d'information utilisant les moyens de
6 communication disponibles était en place au sein du MLC, ce système permettait à
7 Jean-Pierre Bemba de recevoir quotidiennement des renseignements sous forme de
8 rapports oraux ou écrits, comme l'ont indiqué un certain nombre de témoins — je
9 fais référence au paragraphe 459 de la décision de confirmation des charges.

10 Et la Chambre considère que, tout au long de l'intervention 2002-2003 en RCA,
11 Jean-Pierre Bemba a conservé une autorité et un contrôle effectif sur les troupes du
12 MLC déployées en RCA pendant les cinq mois — je répète, pendant les cinq mois —
13 qu'a duré l'intervention. Et tout au long de cette période, il avait la capacité
14 matérielle d'empêcher et de réprimer l'exécution des crimes, ce qu'il n'a pas fait.
15 Mieux encore, parce qu'il ne cesse de dire qu'il était à plusieurs kilomètres du lieu
16 des... de la perpétration des crimes, il a été relevé que les troupes du MLC sont
17 restées sous le contrôle du quartier général du MLC à Gbadolite. Ainsi, la négligence
18 de Jean-Pierre Bemba est avérée et patente.

19 Je vous remercie.

20 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT : [10:38:26] Merci, Maître.

21 (*Interprétation*) Monsieur le Procureur, vous avez le temps de répondre.

22 M.CROSS (*interprétation*) : [10:38:34] Madame la Présidente, nous n'avons rien à
23 ajouter.

24 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (*interprétation*) : [10:38:38] La
25 Défense, Maître Ambos.

26 M^e AMBOS (*interprétation*) : [10:38:43] Puis-je également répondre à l'Accusation ?

27 Alors, j'ai trois remarques à faire. Tout d'abord, j'étais un peu perplexe par
28 l'utilisation du mot « objectif » par M. Cross. Il parlait, là, d'une norme qui me

1 semble tout à fait incohérente ; si on parlait ici également d'état d'esprit, on parle de
2 normes... de critères subjectifs. J'espère qu'il n'y a pas ici de confusion. Ce que
3 M. Cross veut dire, il me semble, c'est que les mesures qui sont utilisées sont des
4 critères subjectifs.

5 Par exemple, si je cause un accident avec ma voiture parce que je conduis mal et je
6 renverse un enfant, si on prend la... critère du conducteur négligent, je suis chargé...
7 je peux être accusé d'homicide dans n'importe quel système juridique. Mais j'ai agi
8 de façon négligente, et ça, ici, me conduit à mon deuxième point.

9 Évidemment, on peut dire qu'on peut faire une décision, c'est tout à fait respectable
10 entre « savoir » et « aurait dû savoir », en terme de formulation, mais il y a des
11 critères qui sont en deçà de cette connaissance ; il me semble que ça, c'est quelque
12 chose sur quoi on peut se mettre d'accord. Si on appelle cela un critère de
13 négligence, — et c'est l'avis que j'ai moi-même —, si l'on adopte cette position-là,
14 alors la norme... le critère de « aurait dû savoir »... « avait des raisons de savoir » est
15 beaucoup plus ferme, et ça fait partie du droit international coutumier.

16 Mais alors, la Chambre ne doit pas l'interpréter comme ce critère, à la lumière du
17 droit international coutumier, de façon plus restrictive ; dans ce cas-là, il faut
18 considérer que l'article 28 doit lui-même être interprété à la lumière de ce droit
19 international coutumier, et non pas d'avoir une interprétation plus vaste de ce
20 critère-là.

21 Et il y a une autre chose que je voulais dire, et ça m'a également frappé, et je crois
22 que c'est quelque chose qui a été discuté par M. Newton également, et M. Cross a dit
23 que l'État voulait introduire une... un critère plus faible, de façon consciente, pour
24 faire en sorte que plus de supérieurs hiérarchiques puissent être poursuivis — ça
25 permet de paraphraser un argument que j'ai présenté au sujet de l'article 28.

26 Alors, est-ce que l'on veut poursuivre énormément de monde, le plus de monde
27 possible, ou est-ce que l'on veut condamner les bonnes personnes en fonction de
28 critères d'équité et de culpabilité ? Ce n'est pas notre travail, cela. Ce que nous

1 devons faire, c'est interpréter les critères tels qu'ils sont, et nous devons faire très
2 attention à ne pas faire de déduction à partir de... des normes de droit humanitaire
3 international — je parle ici et je cite ici l'article 86.

4 Nous savons qu'il y a un protocole supplémentaire, mais ça, c'est une norme
5 fondamentale, nous devons parler ici de droit pénal. Nous sommes en train de
6 stigmatiser des gens, nous sommes en train de condamner des gens ; ici, nous
7 sommes en train de dire que M. Bemba ou n'importe qui d'autre responsable de ce
8 comportement, ça, c'est un reproche qui est beaucoup plus dur que juste avoir une
9 norme d'interdiction dans... dans du droit international. Ici, c'est une question
10 qualitative qui exige une justification spécifique. Et c'est pour ça que nous
11 souhaitons avoir une interprétation restrictive de la responsabilité du commandant
12 hiérarchique.

13 Au TPIY, une remarque tout à fait valable a été faite, on a dit que nous n'étions
14 pas... nous ne sommes pas compétents pour juger de ceci en tant que civils, parce
15 qu'il s'agit de situation militaire où un commandant militaire doit prendre une
16 décision.

17 Alors que ça soit ici, que ça soit en Afghanistan, vous avez un commandant qui doit
18 prendre une décision très rapide. Et ça n'est que ceux qui se sont trouvés dans ces
19 situations-là qui ont la compétence nécessaire pour pouvoir juger de la décision à
20 prendre.

21 Bien entendu, il faut pouvoir juger, mais il faut faire preuve de modestie et de
22 prudence lorsque, *ex post facto*, on est en train de porter un jugement sur un
23 comportement qui a eu lieu au cœur de la bataille et dans les circonstances qui ne
24 sont pas les circonstances d'un tribunal.

25 Donc, il faut faire preuve d'énormément de prudence également pour ce qui est du
26 message que l'on fait passer à l'intention des commandants militaires, à l'OTAN, aux
27 États, à d'autres forces encore. Si nous avons une interprétation extrêmement vaste
28 et lâche du... de la responsabilité des commandants, on va détruire cette

1 responsabilité des supérieurs militaires hiérarchiques, c'est pour cela que notre
2 position est très restrictive et qu'il nous faut avoir un lien entre les crimes et le
3 supérieur hiérarchique, c'est l'élément mental. Comment est-ce qu'un supérieur peut
4 prendre des contre- mesures sans avoir d'information ? Plus l'information est
5 claire... Si nous avons, par exemple, un cas purement académique, on peut avoir des
6 informations, on peut interroger les subordonnés sur un viol ou sur des meurtres. Il
7 faut intervenir dans ce cas-là. Mais c'est ça, l'essentiel de la... de cette disposition. Il
8 faut faire en sorte, lorsqu'on prend en compte l'élément mental, de faire preuve
9 d'énormément de prudence et dire : « Voilà, il y a eu des crimes, vous êtes
10 responsable, si vous saviez ou si vous aviez pu savoir, et vous n'êtes pas intervenu. »
11 C'est un lien qu'il faut souligner.

12 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [10:45:06] Le
13 collègue va se retirer, nous allons délibérer pendant 30 minutes, et nous reprendrons à
14 11 h 15.

15 M^{me} L'HUISSIER : [10:45:31] Veuillez vous lever.

16 *(L'audience est suspendue à 10 h 45)*

17 *(L'audience est reprise en public à 11 h 25)*

18 M^{me} L'HUISSIER : [11:25:34] Veuillez vous lever.

19 Veuillez vous asseoir.

20 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [11:26:14] Il y a
21 un certain nombre de questions à poser aux parties et aux participants.

22 Ma première question concerne la norme 55. Et si l'on s'écarte de « savoir » à « aurait
23 dû savoir », les deux parties semblent d'accord pour dire que pour passer de cela... à
24 cela, il faut déclencher la norme 55. Ma question, c'est : est-ce vraiment le cas ? Est-ce
25 qu'il n'y a pas de différence avec l'article 25-3 où, dans l'affaire *Katanga*, par exemple,
26 ce passage est allé d'alinéa A au D ? Donc, on passait d'alinéa à alinéa, tandis qu'ici,
27 on reste dans la même phrase. Est-ce que c'est quelque chose de différent ou est-ce
28 que cela exige un déclenchement de la norme 55 ?

1 C'est une question que je pose à toutes les parties et aux participants.

2 Monsieur Cross, vous souhaitez répondre ?

3 M. CROSS (interprétation) : [11:27:26] Avec plaisir, Madame la Présidente.

4 À notre avis, pour déclencher la norme 55 telle qu'envisagé par la Chambre, il faut...
5 il y a un changement du critère mental. Donc, là, il faut se baser sur la norme 55, ça
6 assure une certaine équité à l'égard de l'accusé.

7 Comme je l'ai dit dans mes observations, nous n'écartons pas la possibilité que si la
8 Chambre d'appel, en appel, considère que la norme 55 n'est pas le bon instrument,
9 eh bien, dans ce cas-là, il se pourrait bien qu'il y ait un autre moyen, par exemple,
10 l'article 83 du Statut, même si la norme 55 a des sauvegardes intégrées. Il faudrait,
11 donc, alors passer par cette norme 55. Ça conviendrait.

12 Quant à savoir si c'est un changement de la qualification des faits que de modifier le
13 mode de responsabilité, donc, si l'article 28 est considéré comme une seule unité, eh
14 bien, alors, à ce moment-là, ça reprend deux types de *mens rea* autour... dans ce
15 mode-là. Alors, dans l'abstrait, là, je comprends bien ce que vous sous-entendez, à
16 savoir, la norme 55 ne serait pas nécessaire. Mais, dans cette affaire, étant donné
17 l'historique un peu problématique, nous avons considéré qu'il fallait se montrer
18 conservateur, parce que nous pensons que c'est possible et nous souhaitons
19 préserver l'équité par rapport à l'accusé, mais nous ne l'écartons pas.

20 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [11:29:05] J'ai
21 une question de suivi, mais je voudrais d'abord entendre la Défense.

22 Professeur Ambos.

23 M^e AMBOS (interprétation) : [11:29:13] La norme 55 ne s'applique pas pour les
24 raisons que j'ai énoncées, mais si vos arguments s'appliquent, alors, je ne vois pas la
25 différence, parce que le paragraphe 1 du (*phon.*) 25 et du 28 ne font pas de distinction
26 de paragraphe. Donc, si vous appliquez la norme 55, c'est toujours un changement.
27 Si on change un élément juridique du 25 ou du 28, ça ne fait pas de différence, mais
28 je souhaite souligner ici que nous avons des préoccupations graves sur l'équité. Si on

1 n'utilise pas la norme 55 et si on procède directement par le biais du Statut comme
2 préconisé, il y a une question d'équité en jeu. Et pour nous, c'est ça l'élément
3 fondamental.

4 Par ailleurs, si on n'utilise pas la norme 55, c'est encore pire pour l'accusé, parce qu'à
5 ce moment-là, on n'a plus les sauvegardes de la « 55 » dans leur paragraphe... dans
6 « son » paragraphe 2 et 3. La norme 55, d'un côté, elle permet d'avoir une
7 modification de la qualification juridique — pas en mieux, selon nous, c'est une
8 restriction —, mais il y a des sauvegardes, et des sauvegardes que... qui est
9 l'avertissement. Et dans le paragraphe 3, il y a également la disposition relative aux
10 preuves. Donc, retirer la norme 55, ça serait encore pire, à notre avis.

11 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [11:30:39] Très
12 bien. Donc, j'ai bien compris ce que vous venez de nous dire. La Chambre d'appel
13 pourrait toujours le faire si elle le désirait. Mais je n'ai pas entendu la réponse à
14 l'argument soulevé par le professeur Ambos, réformation *in peius*. Est-ce que cela ne
15 va pas pénaliser l'accusé ? Est-ce que ce ne serait pas irrecevable pour ce fait ?

16 M. CROSS (interprétation) : [11:31:08] Merci beaucoup, oui, merci d'avoir posé cette
17 question et de me permettre d'y répondre, et merci au juge Osuji aussi.

18 La position de l'Accusation est, bien sûr, qu'il n'est pas nécessaire de requalifier les
19 faits, parce que, d'après nous, les faits sont au niveau requis en ce qui concerne la
20 connaissance et ce standard. Nous sommes d'accord en ce que... que le jugement ne
21 peut pas être amendé au détriment de l'accusé sans un appel de l'Accusation, par
22 exemple, ajouter une nouvelle condamnation, et cetera, et cetera. Mais nous
23 considérons que la requalification éventuelle, ici, n'est pas... n'handicape pas
24 Monsieur Bemba, en tout cas, pas légalement, parce que, d'abord, il a eu droit à un
25 procès, la Défense avait la possibilité de choisir sa stratégie, ils ont décidé, donc, de...
26 d'appliquer une certaine stratégie et de prendre certaines décisions, et la Défense,
27 visiblement, a exactement la même position qu'avant le verdict de ce procès. Et en
28 plus, cette affaire est, il est vrai, une affaire un peu étrange, puisqu'il y a une

1 différence entre l'approche de la Chambre préliminaire et celle de la Chambre
2 d'instance. Mais cela ne peut pas, à notre avis, être pénalisable au titre de
3 l'article 83-2, parce que l'Accusation ne pouvait pas faire appel de la constatation de
4 la Chambre d'appel concernant M. Bemba selon lequel il avait une véritable
5 connaissance des crimes commis par ses subordonnés.

6 Et, même problème que nous avons rencontré en ce qui concerne la causalité : là
7 encore, la Chambre de première instance a condamné M. Bemba — peut-être, on
8 peut argumenter — sur une base plus ou moins sûre juridiquement, mais il
9 n'empêche que la... l'Accusation, de ce fait, ne peut pas faire appel. Alors, ce serait
10 étrange si on ne pouvait pas corriger les erreurs de la Chambre de première instance
11 du fait que cela pénaliserait l'accusé parce que l'Accusation n'a pas pris les mesures
12 de procédure lui permettant de faire appel, alors qu'elle n'avait pas, de toute façon,
13 la possibilité de faire appel quand elle l'aurait pu.

14 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [11:33:32]
15 Monsieur Osuji, voulez-vous poser une question ?

16 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [11:33:38] Oui, tout à fait. J'aimerais bien
17 poser une question. Lorsque le professeur Ambos nous a parlé d'une source... il
18 nous a dit que toute modification des éléments est interdite au titre de l'article... de la
19 norme 55. Alors, vous l'avez, la « 55 », sous les yeux, la « 55-1 » ? Il est écrit — et je
20 cite : « Dans la décision qu'elle rend au terme de l'article 74, la Chambre peut
21 modifier la qualification juridique des faits afin qu'ils concordent avec les crimes. »
22 Je cite, mais je saute aussi : « ou qu'ils s'accordent avec la forme de participation de
23 l'accusé aux dits crimes prévus aux articles 25 et 28. »

24 Alors, ce qui m'intéresse ici, c'est la participation de l'accusé. Donc, « pour qu'ils
25 concordent avec la forme de participation de l'accusé », qu'est-ce que ça signifie
26 exactement ? La participation de l'accusé, dans le cadre du commandement, est-ce
27 que cela dépend du « savait » ou du « aurait dû savoir » ? Ça, c'est ma première
28 question.

1 Et ma deuxième question, que je vais poser immédiatement, est la suivante : quelle
2 était l'intention du législateur lorsqu'il a rédigé l'article 28 ? Quand on reformule le
3 concept de connaissance entre « savait » ou « aurait dû savoir »... Peut-être y avait-il
4 intention de... de parler en fait d'une nature... d'un élément du crime positif,
5 comment dire, qui explique bien d'où vient la responsabilité pénale, ou est-ce que
6 c'est uniquement un texte qui a été ajouté pour empêcher la Défense d'avoir un...
7 un... d'empêcher un accusé de se défendre en disant « je ne savais pas. » ? Parce que
8 les législateurs, sans doute, pensaient que, ce qui était important, c'est de savoir s'il y
9 avait assez d'informations permettant de savoir. Où en sommes-nous ?

10 M^e AMBOS (interprétation) : [11:36:19] Eh bien, en ce qui concerne la participation
11 dans le libellé de la norme 55-1, moi, je l'interprétera à la lumière des éléments plus
12 larges du « 25 » et du « 28 ». Je comprends bien ce que vous dites. La participation de
13 façon objective pourrait être conçue d'une certaine manière, mais vous dites qu'au
14 sens du paragraphe... du « 25 », paragraphes a et d, ou « 28 »... mais, de toute façon,
15 quand on parle de participation, il faut parler de l'élément mental. D'après nous, la
16 responsabilité du supérieur hiérarchique, c'est une structure. On ne peut pas enlever
17 quelque chose sans modifier la totalité. Donc on a la responsabilité du
18 commandement... du supérieur hiérarchique sur la base du « savait » et un autre sur
19 la base du « aurait dû savoir » ; c'est deux types de participations différentes. Et
20 donc, dans notre cas, nous considérons que la participation demande un élément
21 mental.

22 Maintenant, répondons à votre deuxième question. Je suis sûr que les législateurs
23 avaient l'idée en tête, c'est difficile de savoir quelle était cette idée, en revanche. Il est
24 vrai que quand on a accès aux travaux, on se rend même... parfois qu'il n'y avait
25 même pas d'intention. Parfois, certaines de ces dispositions sont arrivées sans
26 aucune intention du législateur. Cela dit, la position de principe, d'habitude, est la
27 suivante : il semble que les États ont considéré ce qui était une conduite
28 sanctionnable. Ça, c'est la logique qui sous-tend tout ce « 28 ». Donc les États, à

1 Rome, ont décidé que, si un commandant aurait dû savoir et n'a rien fait, il doit être
2 sanctionné. Les États ont décidé que seul s'il avait la connaissance, peut-il être
3 sanctionné. C'est une matière de politique que les États ont décidé. Mais, alors, quel
4 est l'élément mental qui est... qui correspond à l'équité et à la culpabilité ? On ne
5 voudrait quand même pas que les États arrivent à un texte où leurs commandants
6 sur le terrain pourraient être en danger et pourraient voir leur responsabilité pénale
7 engagée tout le temps. Donc je pense que le standard « *should have known* », « aurait
8 dû savoir » est un standard dans l'abstrait, mais est un standard qui est compatible
9 avec les exigences au niveau de l'équité et de la culpabilité. Parce que les États ont
10 voulu en faire un statut assez libéral, finalement, ils n'ont pas voulu faire un statut
11 qui mettrait des bâtons dans les roues et empêcherait des opérations. Donc, je pense
12 que cela répond à votre question qui est pourtant extrêmement complexe.

13 M. CROSS (interprétation) : [11:39:20] Avant la prochaine question, j'aimerais
14 répliquer, s'il vous plaît, me le permettez-vous, Madame la Présidente ?

15 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [11:39:33]
16 Allez-y.

17 M. CROSS (interprétation) : [11:39:35] Merci beaucoup.

18 Tout d'abord, nous sommes parfaitement d'accord, ici, à l'Accusation, sur le but et
19 l'objectif de l'article 28 du Statut, c'est d'avoir un système de droit pénal
20 international libéral et approprié, mais il y a quelques ambiguïtés, quand même,
21 parce que nous ne considérons pas que les rédacteurs avaient l'intention de
22 condamner tout le monde. Ce n'était pas, quand même, leur but. D'après nous, les
23 rédacteurs ont rédigé « 28 » afin qu'il serve son but. « 28 »... Le but de « 28 » étant
24 différent, bien sûr, du « 25 », puisqu'il y a la participation, et le but... et l'objectif, en
25 tout cas, c'est de punir les crimes, ça, c'est évident. Quant à savoir si vous, Messieurs
26 et Madame les juges, devez essayer de comprendre quelles étaient les intentions des
27 États lorsqu'ils ont rédigé l'article 28, comme a dit le professeur Ambos, ce n'est pas
28 toujours facile de savoir ce que pensaient les législateurs, mais nous considérons que

1 c'est quand même très important, c'est essentiel. La Chambre de... la Chambre
2 d'appel a toujours déclaré qu'il fallait lire le Statut au... à la lumière de la convention
3 de Vienne sur les interprétations des traités. Donc, on ne vous demande pas, en fait,
4 de deviner quelles sont les intentions éventuelles d'un état au cours des négociations
5 du Statut, pas du tout, mais nous vous demandons, en revanche, d'avoir une vue
6 d'ensemble de la disposition et de penser aussi à quels étaient l'objectif et le but de
7 cette disposition et enfin, d'arriver à une décision logique.

8 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [11:41:09] Mais
9 une interprétation téléologique ça ne signifierait pas quand même qu'il faut prendre
10 en compte aussi le protocole I de l'article 86... et 87 ?

11 M. CROSS (interprétation) : [11:41:23] Oui, tout à fait. On a l'article 32, bien sûr, de la
12 convention de Vienne qui explique comment on peut interpréter les droits... les
13 dispositions de... des différentes dispositions, mais il est vrai qu'il faut aussi se
14 pencher sur l'article 86 et l'article 87, et paragraphe 1.

15 Et pour rebondir sur tout cela, sachez que nous ne sommes pas en train de dire que
16 l'accusé n'a pas de *mens rea*, nous ne disons pas que l'article 28 est une responsabilité
17 stricte et rien d'autre, pas du tout. Mais nous considérons qu'il y a quand même une
18 différence entre la vérité, ce que l'on sait, c'est-à-dire donc, quand l'accusé connaît et
19 est au courant des crimes commis par les subordonnés et les standards alternatifs qui
20 sont dans l'article 28 en a et b, ou le supérieur a une certaine connaissance subjective
21 des crimes commis par les subordonnés, mais... Donc, en fait, c'est un petit peu
22 différent, et là, on ne parle pas d'une responsabilité engagée, strictement, mais
23 d'un... sous un mode différent, en fait.

24 Et maintenant, pour ce qui est de la... le lien entre le droit coutumier et le Statut de
25 Rome, eh bien, le professeur Ambos vous a bien dit que, si le Statut de Rome diffère
26 du droit coutumier, il faut suivre le droit coutumier, mais nous considérons qu'en
27 fait, cela ne décrit pas correctement la nature du droit pénal... du droit public... pénal
28 international. Parce que certes, le contenu des traités n'a pas besoin d'être identique,

1 mais lorsque... il vrai qu'il faut regarder le droit international, le droit coutumier,
2 dans certains cas uniquement. Par exemple, vous l'avez fait dans l'affaire *Ntaganda*
3 lorsqu'il y a eu l'article... le problème de l'article 8, et donc, dans l'article 21, on voit
4 bien qu'il y a une hiérarchie des sources, de toute façon, et que le Statut de Rome est
5 au sommet de cette pyramide. Merci beaucoup.

6 M^e AMBOS (interprétation) : [11:43:33] J'aimerais répondre quand même.

7 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT : [11:43:34] *Yes*.

8 M^e AMBOS (interprétation) : [11:43:34] Vous n'avez pas bien interprété ma... mes
9 arguments. Je n'ai pas dit qu'il faut suivre le droit coutumier, absolument pas. Moi,
10 ce que j'ai dit, et c'est... correspond à l'article 21 du Statut : si vous interprétez une
11 disposition du Statut qui est informée par différentes conventions, par le protocole I
12 et par le droit coutumier, il faut prendre en compte ce droit coutumier, c'est tout ce
13 que j'ai dit. Mais je n'ai pas parlé de hiérarchie, je n'ai pas dit qu'il y avait une
14 hiérarchie en ce qui concerne l'article 38 du Statut de la CIJ, pas du tout, et j'explique
15 bien que l'article 21 du traité vient en premier, mais si le traité n'est pas clair, si le
16 Statut de Rome n'est pas clair, et cetera, on a ensuite les éléments des crimes, les
17 règlements de procédure et de preuve et cetera, et le droit international. Mais si vous
18 pensez que « raison de savoir » est plus stricte que « savait », eh bien, dans ce cas-là,
19 il faut appliquer les standards du droit coutumier.

20 M. CROSS (interprétation) : [11:44:38] Désolé, Professeur Ambos, en effet, merci de
21 cette clarification. Je vous présente toutes mes excuses. Mais notre commentaire est
22 le suivant : dans ce contexte et dans ce cas-là, le contenu de droit coutumier est
23 pertinent — contenu tel qu'il existait en 1988 (*phon.*) lors des négociations de Rome
24 avant que le TPIY et le TPIR aient adopté une approche beaucoup plus prudente du
25 « aurait dû savoir » ou « savait ».

26 M^e AMBOS (interprétation) : [11:45:02] Je ne suis pas d'accord, je ne suis pas
27 d'accord.

28 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [11:45:05]

1 *(Intervention non interprétée).*

2 M^e AMBOS (interprétation) : [11:45:05] Ce n'est pas juste. Si on... si on... si on se sert
3 uniquement du standard de « la » droit... du droit coutumier, pourquoi utiliser celui
4 de 88, surtout si c'est un standard plus strict ? Il faut prendre celui qui est le plus à
5 jour, pas celui de 88, celui de 2018.

6 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [11:45:30] Bien.

7 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [11:45:30] Maintenant, question pour la
8 Défense.

9 Au cours de votre présentation, vous avez dit que vous n'êtes pas d'accord avec le
10 déclenchement de la norme 55 parce que, d'après vous, cela déclencherait sans doute
11 un nouveau procès. Je crois que c'est ce que vous nous avez dit, n'est-ce pas, alors
12 que la Défense ne pourrait pas présenter de nouveaux éléments de preuve. C'est ce
13 que vous avez dit, n'est-ce pas ? Moi, j'aimerais savoir, d'après vous, ce qui doit être
14 fait une fois l'article 55 déclenché.

15 Et lorsque l'on veut modifier la qualification, est-ce que cela permettrait aux parties
16 de présenter des arguments sur les éléments au dossier ? Est-ce que, dans ce cas-là, il
17 y a pas besoin de... d'empêcher qui que ce soit de demander à ce qu'il y ait de
18 nouveaux éléments de preuve ? Ou ai-je mal compris la norme 55 ? Expliquez-moi,
19 en tout cas, d'après vous, pour... comment cette norme 55 sera appliquée.

20 M^e AMBOS (interprétation) : [11:47:11] Eh bien, nous allons nous pencher sur le
21 paragraphe 2 de la norme 55, et là, qui... et là, on parle de la notification. Donc, « elle
22 informe les participations (*phon.*) de la procédure d'une telle possibilité — la telle
23 possibilité étant, ici, une modification de la qualification juridique — et, après avoir
24 examiné les éléments de preuve, donne en temps opportun aux participants la
25 possibilité de faire des observations orales ou écrites ». Fin de citation.

26 Première chose, donc, en ce qui concerne la notification : là, le seuil est assez élevé,
27 puisqu'on demande d'informer avec les détails. Il faut informer les participants en
28 leur disant : « On pourrait changer ce standard X pour le remplacer par un... par un

1 standard Y. »

2 Deuxième point, si on décide de déclencher 55-2, il faut aussi se pencher sur 74-2, et
3 puis déterminer la limite entre, d'un côté, les faits et ce qui va au-delà des faits. Parce
4 qu'ici, c'est important, hein. On est d'accord, je crois, d'ailleurs, entre parties. En ce
5 qui concerne une affaire de responsabilité du supérieur hiérarchique, si on change le
6 « savait » par « aurait dû savoir », on peut plus utiliser les mêmes éléments de
7 preuve. Il faut, en fait, évaluer les éléments de preuve différemment, de zéro,
8 d'ailleurs, et à la lumière de ce nouveau standard, quand même.

9 Et Mike Newton va en parler, d'ailleurs, hein. Mais je répète l'argument, quand
10 même. Si je sais quelque chose, je suis tenu d'agir. Mais si je devais savoir, bon, ça
11 paraît compliqué, alors, je vais illustrer par un exemple.

12 Si je sais que mon fils achète de la drogue, je dois faire quelque chose, je suis père,
13 mais je dois agir, mais différemment que si je... j'aurais pu savoir, parce que,
14 premièrement, je vais l'enfermer, en fait, je vais l'enfermer dans sa chambre et je lui
15 dis : « Tu vas pas au *coffee shop*. »

16 Et en revanche, deuxième... dans la deuxième possibilité, je lui dirais plutôt : « Non,
17 tu n'auras plus d'argent de poche. » Donc, tout dépend du degré de connaissance
18 que j'ai de la chose.

19 Ce qui signifie aussi que cet élément de connaissance a une influence sur les
20 circonstances et sur les contre-mesures qui peuvent être prises.

21 Théoriquement, on peut se trouver dans une situation... Bon, c'est un exemple, hein.
22 Disons que le commandant savait que des crimes avaient été commis, et sur la base
23 de sa connaissance, les contre-mesures mises en place sont insuffisantes. Si le
24 commandant « aurait dû savoir » seulement, dans ce cas-là, les contre-mesures
25 étaient suffisantes. Parce que si ce n'est pas exactement ce qui s'est passé, s'il
26 soupçonne, s'il se doute qu'il se passe quelque chose, les contre-mesures seront
27 différentes de celles qu'il prendrait s'il savait vraiment ce qui s'était passé. On ne
28 peut pas lui demander de prendre les mêmes contre-mesures que lorsque l'on

1 applique le standard « aurait dû savoir ».

2 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [11:50:29] Non, non, laissons de côté les
3 contre-mesures et pensons plutôt aux éléments de preuve. Donc, alors, vous parlez
4 de la norme 55, et il est vrai, bon, imaginons que vous ayez raison et que si on
5 déclenche la norme 55, il faut revoir tous les éléments de preuve. Mais je vous
6 propose un autre scénario. Imaginons une affaire, bon, pas celle-ci, une autre affaire
7 où la Chambre de première instance a étudié un certain dossier en disant : « Oui, au
8 vu des... du dossier, le... l'accusé avait connaissance véritable. » Mais la Chambre
9 d'appel est différente... a un autre point de vue, elle dit : « Non, on ne peut pas
10 interpréter cela pour un "*knew*", on peut uniquement l'interpréter pour un "*should*
11 *have known*", "aurait dû savoir". »

12 Alors, dans ce cas-là, on ne peut pas déclencher la norme 55, d'après vous ?

13 M^e AMBOS (interprétation) : [11:51:23] Votre scénario n'est pas réaliste, parce que de
14 toute façon, il faut utiliser les éléments de preuve dans leur totalité. Enfin, pour la
15 beauté du geste... pour ma beauté du geste, penchons-nous là-dessus. Si vous partez
16 dans ce sens-là, oui, on pourrait déclencher le 55. Mais ce n'est pas comme ça que
17 cela marche en pratique, parce que pour faire cette évaluation, il faut étudier la
18 totalité du dossier, et... pour voir si le seuil, au niveau de la connaissance, est bel et
19 bien respecté.

20 M. CROSS (interprétation) : [11:51:58] Je n'ai pas grand-chose à rajouter à votre
21 question. Mais sachez que de notre côté du prétoire, nous trouvons que votre
22 question n'est pas très théorique, elle est assez pratique. Elle est très pratique pour
23 nous, savoir si les constatations de la Chambre de première instance nous donnent
24 suffisamment... arrivent au seuil de connaissance véridique, ce qui est extrêmement
25 élevé, d'ailleurs, ce qui signifie certitude virtuelle, et dans ce cas-là, évidemment,
26 c'est à vous de décider où nous en sommes arrivés avec les éléments de preuve, à
27 quel niveau de connaissance, « savoir » ou « aurait dû savoir ».

28 Nous ne sommes certainement pas en train de vous dire que cette affaire... Cette

1 affaire, en fait, ne reflète pas du tout les tenants et les aboutissants de la connaissance
2 sous la forme du « aurait dû savoir », parce que, de toute façon, au départ de cette
3 affaire, nous n'avons jamais plaidé pour ce genre de choses.

4 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [11:53:16] Oui,
5 mais enfin, les mesures que M. Bemba a prises montrent qu'il avait la connaissance
6 des choses, n'est-ce pas ? On est un peu dans un cercle vicieux, non ?

7 M. CROSS (interprétation) : [11:53:16] Oui, enfin, ce qu'il a fait fait partie des
8 constatations de la Chambre sur son niveau de connaissance. Je ne dirais pas que ça
9 fonde la totalité de leurs constatations, et c'est assez clair, d'ailleurs, quand on lit le
10 jugement. Alors, pour ce qui est de savoir si la relation entre la *mens rea* et les
11 mesures qu'il doit prendre serait un nouvel aspect de la responsabilité du supérieur
12 hiérarchique, eh bien, moi, je vous dirais d'en revenir à ce que M^{me} Brady va nous
13 expliquer bientôt, c'est-à-dire : qu'est-ce exactement qu'une mesure appropriée ?
14 Quel est le test à faire pour savoir si les mesures ont été appropriées, et cetera ? Si ces
15 mesures étaient... s'il y avait possibilité de... par... du supérieur hiérarchique de
16 faire des mesures...

17 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [11:54:12]
18 Merci.

19 Maître, c'est à vous.

20 M^e DOUZIMA LAWSON : [11:54:15] Merci, Madame le Président.

21 Il y a des arguments qui ont été développés de l'autre côté de la rive qui m'amènent,
22 en tant que victime, à réagir par rapport à l'intention des rédacteurs de... du Statut
23 de Rome.

24 Je voudrais ici, en plus de... des travaux préparatoires relevés par la Chambre
25 préliminaire que j'avais évoqués tout à l'heure, rappeler aussi le préambule de la...
26 du Statut de Rome, notamment la partie qui dit ceci : « Ayons à l'esprit qu'au cours
27 de ce siècle des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes
28 d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience

1 humaine », et une... une autre disposition du préambule qui dit : « Déterminé à
2 mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la
3 prévention de nouveaux crimes. »

4 Pourquoi j'ai... j'ai... j'ai parlé de ces... ces... de ces dispositions du préambule ?
5 C'est parce qu'on tente de dire qu'on interprète mal ce qui a amené les États à
6 adopter le Statut de Rome. À notre connaissance, la loi dispose pour l'avenir. C'est si
7 facile. C'est si facile.

8 Donc, vous voyez des troupes sur le terrain qui vont commettre des crimes, des
9 atrocités, et vous dites : « Moi, en tant que chef, en tant que responsable, eh bien, je
10 n'étais pas là, j'étais loin du théâtre des opérations. » Donc, vous lisant le préambule,
11 je voudrais dire par là que c'est suite à des constats que le Statut de Rome est né.

12 Et donc, si, aujourd'hui, les rédacteurs du Statut ont pensé à la norme 55, c'est-à-dire
13 « aurait dû savoir », c'est... c'est parce que, dans le cas actuel, l'accusé avait dit :
14 « Moi, je ne savais pas. » Si vous ne savez pas, vous auriez dû le savoir. Voilà ce que
15 je voulais dire. Merci.

16 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT : [11:56:59] Merci, Maître.

17 (*Interprétation*) Le juge Morrison a une question.

18 Juge Morrison.

19 M. LE JUGE MORRISON (*interprétation*) : [11:57:09] C'est une question pour
20 M. Cross. Donc, s'il y a un test objectif qui pourrait exister sur le « *should have*
21 *known* », est-ce qu'on n'en arrive pas à la position sur... retrouver le général
22 Yamashita ? Cette position qui était très difficile à l'époque, le juge Röling, un juge
23 néerlandais, en a parlé, d'ailleurs. Alors, on ne risque pas de se retrouver dans cette
24 position de *Yamashita* ?

25 M. CROSS (*interprétation*) : [11:57:44] Oui, dans *Yamashita*, bien sûr, si je me
26 souviens bien, l'accusé... l'Accusation en fait, c'était abandon de son devoir. C'était
27 en effet une affaire qui a inspiré pas mal de jurisprudence, ce qui s'est fait au TPIY,
28 mais c'était aussi un test très strict et trop... trop... parce que si je me souviens bien,

1 le général Yamashita a été condamné pour certaines choses, certaines choses dont il
2 ne savait rien, d'ailleurs. Et on ne savait pas vraiment si une personne dans sa
3 position aurait pu éventuellement être au courant de ce genre de choses, et pourtant
4 il a été condamné.

5 Donc, nous avons essayé d'expliquer aujourd'hui comment ce test « aurait dû
6 savoir » devait être formulé pour éviter ce problème *Yamashita*, justement.

7 Il est vrai qu'il y a des garde-fous là-dedans. Par exemple, le préfixe « au vu des
8 circonstances de l'époque ». On commence par cela. Donc, on ne dit pas qu'il y a une
9 obligation permanente de toujours savoir exactement ce que font tous ces
10 subordonnés, comme il devrait en... au titre de 28, mais il est vrai que la plupart des
11 compétences nationales vont imposer, de toute façon, une... le fait que les supérieurs
12 doivent savoir toujours ce qui se passe au niveau de leurs subordonnés. Mais ça,
13 c'est encore une autre question.

14 Deuxième garde-fou qui existe dans les textes : « Au fait des... au vu des
15 circonstances, vous auriez dû savoir ceci ou cela. » Mais il se peut qu'une personne
16 dans la position ne pouvait pas savoir. Il se peut qu'il y ait des raisons qui expliquent
17 pourquoi vous ne... n'étiez pas au courant. Et dans ce cas-là, si on a ces raisons, eh
18 bien, on est en dehors de 28. Nous sommes d'accord.

19 Et c'est pour cela que nous considérons qu'il y a un lien supplémentaire de
20 culpabilité. Alors, nous sommes d'accord avec vous, dans l'affaire *Yamashita*, on est
21 allés beaucoup trop loin. Mais en ce qui concerne l'article 28, nous considérons que
22 les rédacteurs ont essayé, justement, de combler le fossé entre d'un côté la position
23 du droit coutumier, tout en... tout en ne tombant pas, quand même, dans l'abîme de
24 l'affaire *Yamashita*. On ménage la chèvre et le chou quoi. Vous êtes d'accord ?

25 M. LE JUGE MORRISON (interprétation) : [12:00:05] Oui.

26 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [12:00:14] Le
27 juge Osuji, à nouveau.

28 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [12:00:18] Monsieur Cross, toujours une

1 question pour vous.

2 Vous avez présenté vos arguments, vous avez répondu aussi aux questions du juge
3 Morrison. Alors, il est vrai qu'on est en train de couper les cheveux en quatre à
4 propos du mot « *know* », « savoir » en français — « sait ». Alors, j'imagine que vous
5 avez donné une définition de ce terme, « savait », mais jusqu'à présent, moi, je n'ai
6 vu nulle part de définition de « savoir ». Et j'aimerais savoir, quand même, comment
7 vous interprétez « savoir », surtout au vu des efforts que vous déployez pour essayer
8 d'écarter l'article 30 de l'exercice sur lequel nous nous livrons à l'heure actuelle.

9 Alors, dans certaines juridictions nationales, on définit « savoir »... vraiment...
10 « croire vraiment » — ça, c'est « savoir. » D'autres ont été encore plus loin pour dire
11 que les informations dont disposaient l'accusé ne peuvent résulter qu'en doute et
12 rien de plus. Il a des doutes, mais il n'est pas véritablement persuadé. Mais quand on
13 parle, donc, d'une véritable croyance, d'être persuadé, là, on parle quand même d'un
14 état d'esprit subjectif.

15 Est-ce que, d'après vous, cette définition est importante pour l'interprétation des
16 articles 28 et 30... 28 (*se reprend l'interprète*) ?

17 M. CROSS (interprétation) : [12:02:22] Écoutez, je vais essayer de vous répondre
18 brièvement parce que, là, on rentre quand même dans les débats épistémologiques.
19 C'est un champ miné, en plus.

20 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [12:02:32] Oui, mais enfin, c'est un
21 exercice auquel nous devons absolument nous livrer pour savoir si l'accusé est bel et
22 bien coupable ou non.

23 M. CROSS (interprétation) : [12:02:41] Je vais essayer d'être bref, alors.

24 Le dilemme de l'Accusation en ce qui concerne « 28 » est le suivant : on part de la
25 jurisprudence *Lubanga*, paragraphes 47 et 48, je crois... non, 447 de l'arrêt, qui dit que
26 la connaissance que l'on a que des événements vont arriver normalement — ça, c'est
27 le test pour l'article 30-3 —, ça signifie qu'il y a une certitude virtuelle que la
28 conséquence va bel et bien intervenir. Ça, c'est un des tests qui existent qui peut être

1 utilisé. Mais nous considérons que si on utilisait ce test pour l'article 28, on en
2 arriverait à ce vide juridique dont j'ai parlé au départ.

3 Nous devons interpréter le terme « connaissance » dans l'article 23 d'après la
4 Convention de Vienne, le sens commun, le sens habituel, et cetera, par rapport à
5 l'objectif. Il faut arriver à équilibrer les choses pour savoir si le test de certitude
6 virtuelle est la bonne façon de comprendre l'article 30-3 et si cela va aussi avec
7 l'article 28.

8 Alors, quant à savoir comment on va comprendre « savoir », « savoir », est-ce que ça
9 veut dire qu'on sait avec certitude que quelque chose va arriver, c'est ça, « savoir » ?
10 Moi, je suis plus ou moins d'accord avec vous, cela dit, je ne sais pas vraiment quelle
11 est votre position. Mais nous considérons que le standard est trop élevé dans ces
12 cas-là.

13 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [12:04:18] Mais... Pourquoi ?

14 M. CROSS (interprétation) : [12:04:20] Je vais vous expliquer pourquoi nous pensons
15 que c'est un seuil trop élevé.

16 D'abord, la phrase « certitude virtuelle », d'après nous, n'a pas grand-chose à voir
17 avec le cours normal des événements — d'après nous, en tout cas. Dans l'arrêt
18 *Lubanga* et dans le jugement *Katanga*, dans l'article 30, on s'est... on s'est basé sur le
19 verbe « *will* », en anglais, « va », « devrait »... enfin, « *will* », qui indique le futur, va
20 en fait donner une analyse un peu différente de la phrase « cours normal des
21 événements ».

22 Je vais vous donner un exemple. Imaginons que je suis en haut d'un bâtiment très
23 élevé, je jette un rocher, et puis il y a des voitures en bas, alors, je sais que, dans le
24 cours normal des événements, je vais très certainement causer un accident. Mais on
25 ne peut pas dire que, virtuellement, je suis certain de causer un accident. Après tout,
26 il pourrait se passer plein de choses qui feraient qu'il n'y aurait pas d'accident. Mais
27 il est vrai que, dans le cours normal des événements, je risque très certainement, si je
28 jette ma pierre, de causer un accident.

1 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [12:05:38] Mais alors, où est la causalité ?
2 M. CROSS (interprétation) : [12:05:41] La causalité, oui, bien sûr, mais l'article 30, il
3 est proposé en termes de conséquence, c'est comme ça qu'il fonctionne. C'est pour ça
4 que nous avons quelques doutes au sujet de l'article 30-3, c'est parce que la façon
5 dont il est formulé... Alors, j'y ai réfléchi, anticipant la question du juge, nous
6 n'avons pas de position définie aujourd'hui aux fins de cette affaire pour savoir si
7 l'article 30-2-b fait que les rédacteurs avaient inclus ce critère dans la disposition.
8 Mais en matière de quasi-certitude, il y a un problème, parce que cette quasi-
9 certitude, cette certitude virtuelle s'est formulée au deuxième degré. C'est-à-dire qu'il
10 y a un degré cognitif élevé qui est nécessaire et qui est nécessaire parce que c'est...
11 cela remplace l'intention, et c'est pour prouver la volonté d'une personne.
12 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [12:06:49] Oui, mais vous avez posé la
13 question au cours de vos premières observations : cette quasi-certitude remplacerait
14 alors la volonté ? Est-ce que c'est parce que le « 28 » fait que quelqu'un est considéré
15 comme responsable d'un crime que la personne n'a pas personnellement commis ?
16 M. CROSS (interprétation) : [12:07:18] Ça n'est pas une bonne façon de comprendre
17 l'article 28. L'article 28 n'est pas conçu comme mode de responsabilité participative.
18 C'est quelque chose d'assez particulier qui permet à un commandant de prévenir et
19 de réprimer. Donc, nous ne sommes pas tout à fait d'accord avec la suggestion du
20 juge.
21 Mais, pour cet article 30, paragraphe 3, et cette certitude ou cette quasi-certitude, là,
22 il faut prendre les choses au second degré. Il y a là un élément cognitif à prendre en
23 compte aux fins de l'intention. Et il faut que cet élément cognitif élevé s'applique à la
24 connaissance pure, parce que la connaissance pure, elle, au 30-3, c'est une partie
25 séparée du Statut. Pourquoi est-ce que, dans des circonstances données, il faut une
26 quasi... une certitude complète ? Parce que cela remplace alors, à ce moment-là,
27 l'intention. Et c'est pour cela que nous avons beaucoup de doutes sur la position en
28 matière de... pour l'Ouganda (*phon.*) qui a été adoptée dans cette affaire.

1 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [12:08:41] Je
2 vous remercie.

3 Monsieur... Maître Ambos souhaite réagir ?

4 M^e AMBOS (interprétation) : [12:08:46] Pas sur ceci, mais à ce qu'a dit la
5 représentante légale des victimes.

6 Je crois qu'il ne faut pas que M. Bemba devienne le bouc-émissaire de tous les crimes
7 du monde. Le préambule n'est pas là pour condamner quelqu'un, le préambule ne
8 fait pas partie du Statut, c'est une autre discussion qu'on pourrait avoir sur
9 l'interprétation du préambule.

10 Et ici, on parle de l'article 28, c'est ça, notre préoccupation, c'est-à-dire que si on
11 applique la responsabilité du commandant de façon large, à ce moment-là, on a des
12 boucs-émissaires. Et on ne fait pas porter les accusations sur la personne qui a
13 commis les crimes sur le terrain. Mais ici, nous avons un dossier spécifique qui
14 concerne une personne donnée, on ne peut pas invoquer l'impunité et le préambule
15 dans le cas d'espèce. Nous avons vu... un échange de haut niveau ici, entre nous,
16 c'est un exercice difficile et je pense qu'il ne faut pas se lancer dans des discours sur
17 l'impunité, si vous me permettez d'exprimer les choses de cette manière.

18 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [12:10:02] Juge
19 Osuji.

20 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [12:10:07] Encore une dernière question.

21 En fait, dans votre première présentation, vous avez abordé un sujet sans insister sur
22 une question qui m'intéresse particulièrement et qui nous permettrait de mieux
23 comprendre ce que nous voulons dire par l'article 28. Vous nous aviez dit que vous
24 n'étiez pas trop sûr que M. Bemba s'inscrivait dans la catégorie d'un supérieur
25 hiérarchique militaire. Alors, on retombe, une fois de plus, dans un problème de
26 définition. Est-ce que vous pourriez nous aider, alors, à ce que... comprendre ce que
27 veut dire un commandant militaire, un supérieur hiérarchique militaire ? Est-ce que
28 c'est une personne qui appartient à la chaîne de commandement immanquablement

1 dans une structure militaire ? Et si c'est le cas, est-ce que cela comprend un chef
2 d'État, qui est le commandant en chef des forces armées d'un pays... de son pays et
3 qui, dès lors, est en mesure de donner des ordres — « on avance ou on recule », par
4 exemple ?

5 M^e AMBOS (interprétation) : [12:11:27] Un commandant militaire est quelqu'un qui,
6 officiellement est commandant. Prenez à Nuremberg, c'était le haut commandement
7 de l'armée allemande qui était les commandants, et un commandant militaire, c'est
8 aussi, par exemple, celui qui, en Afghanistan, est responsable des forces *Kunduz*. Et
9 donc, il s'agit réellement du commandant de fait, de facto, sur le terrain. Vous
10 pourriez très bien avoir le commandant d'un groupe paramilitaire en RDC ou en
11 Colombie qui serait couvert par la définition au paragraphe a. Et c'est la raison pour
12 laquelle l'article 28 a été rédigé de telle manière à les inclure.

13 Alors, c'est vrai que la question qui se pose est de savoir... est : que faisons-nous des
14 politiciens ? À la tête des États-Unis, nous avons quelqu'un qui n'est pas militaire,
15 mais qui le chef des forces armées malgré tout. Alors, là, je pense, mais vous pouvez
16 peut-être me corriger, il s'agirait sans doute de celui qui tombe dans l'alinéa b « un
17 supérieur hiérarchique civil », mais donc, une personne qui est une personne
18 politique, mais qui aurait recours aux forces militaires et qui exercera sa puissance
19 militaire dans certains cas.

20 Et c'est ce que, moi, j'utiliserais comme argument pour classer notre client, qui se
21 trouve à cheval entre l'alinéa a et b. Et c'est vrai que, lors de la Chambre
22 préliminaire, j'avais d'ailleurs invoqué le fait qu'il fallait le renvoyer à l'identité sous
23 le paragraphe b, qui a forcément une autre situation.

24 M. CROSS (interprétation) : [12:13:27] Si vous me permettez, je voudrais aussi réagir
25 ici.

26 Je crois que le plus simple pour analyser tout cela, c'est la question de fait. Est-ce
27 qu'un supérieur hiérarchique s'inscrit sous le « 28-a » ou le « 28-b » ? Et comme le
28 professeur Ambos le sait fort bien, pour nous, ce que nous avons au « 28-a », c'est

1 ceux qui sont réellement de fait chefs militaires et ceux qui agissent comme chefs
2 militaires. Et ce sont les faits qui tranchent.

3 Et dans ce cas-ci, notre affaire, jusqu'à aujourd'hui, a été menée sachant que
4 M. Bemba s'inscrit dans le « 28-a », et donc, nous l'avons traité comme étant un chef
5 militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire en tant
6 que tel.

7 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [12:14:22] Très
8 bien. Sans autre question de notre côté, nous allons lever l'audience et nous
9 reprendrons nos travaux... il est 12 h 15, nous reprenons à 13 heures... à 13 h
10 15 (*phon.*). Est-ce que les sténotypistes et les interprètes sont d'accord ? Nous voulons
11 avoir beaucoup de temps pour discuter cette après-midi, et nous devons terminer
12 juste avant 5 heures.

13 Madame Brady.

14 M^{me} BRADY (interprétation) : [12:14:55] Est-ce que je peux d'abord soulever une
15 question préliminaire, si vous me le permettez, par rapport, justement, à nos débats
16 cet après-midi ? C'est une question que j'ai déjà abordée avec la Défense et les
17 représentants des victimes. Puis-je vous demander 10 minutes supplémentaires pour
18 les questions au groupe D, parce qu'il y a tellement de questions, tellement de sujets
19 à aborder, et des questions tellement diverses, et c'est vrai que nous devons
20 répondre à toutes ces questions, vous l'avez dit vous-même, les questions que vous
21 avez posées sont fort intéressantes. Nous ouvrons ici des questions dites vierges, que
22 nous n'avons pas encore pu discuter au niveau de la Cour pénal internationale, et
23 qui auront une influence sur la suite et l'historique de la Cour. Et vous savez, les
24 interprètes font un excellent travail dans cette audience, et je ne voudrais pas qu'on
25 se précipite et que l'on finisse par massacrer le message. Donc, je préférerais pouvoir
26 nous exprimer, les uns et les autres, à un rythme plus naturel plutôt que de ne pas
27 avoir ces 10 minutes supplémentaires.

28 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [12:16:07]

1 *(Intervention inaudible).*

2 L'INTERPRÈTE ANGLAIS-FRANÇAIS : [12:16:11] Réponse de la Présidente hors
3 micro.

4 M^e HAYNES (interprétation) : [12:16:19] Madame, Messieurs les juges, je dirais :
5 voyons un peu comment les choses se passent, laissons faire.

6 L'INTERPRÈTE ANGLAIS-FRANÇAIS : [12:16:26] Votre micro, Madame la
7 Présidente, je vous prie, votre micro.

8 Votre micro, Madame la Présidente.

9 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [12:16:36]

10 *(Intervention inaudible)*

11 M^{me} L'HUISSIER : [12:16:44] Veuillez vous lever.

12 *(L'audience est suspendue à 12 h 16)*

13 *(L'audience est reprise en public à 13 h 30)*

14 M^{me} L'HUISSIER : [13:31:05] Veuillez vous lever.

15 Veuillez vous asseoir.

16 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [13:31:32]

17 Bonjour.

18 Nous allons maintenant entendre les observations sur le groupe D de questions que
19 la Chambre de première instance a posées aux parties et aux participants.

20 Nous allons commencer par la Défense.

21 L'Accusation a demandé 10 minutes supplémentaires qui lui ont été accordées, si la
22 Défense souhaite 10 minutes de plus, la Défense y aura droit.

23 Ah ! Oui, il faut que je lise les questions.

24 Merci d'avoir attiré l'attention sur cette partie importante de mon rôle.

25 Nous sommes maintenant arrivés au groupe D. Questions complémentaires
26 concernant le troisième moyen d'appel contre la décision de condamnation. Ici, une
27 fois encore, nous avons cinq sous questions.

28 Première question : dans quelle mesure la motivation d'un supérieur hiérarchique

1 est-elle... est-elle à prendre en compte pour la prise de mesures nécessaires et
2 raisonnables dans l'évaluation de leur adéquation ?

3 Deux : l'Accusation doit-elle être avertie des mesures que la Chambre de première
4 instance considère qu'il aurait pu prendre en tant que commandant ? Si la réponse
5 est positive, comment doit-il en être averti ? Cet avertissement doit-il porter
6 spécifiquement sur les mesures ou bien est-ce que cela peut être fait au cours de la
7 présentation des capacités matérielles du commandant ?

8 Troisième question, cela concerne la causalité. M. Bemba affirme que la causalité est
9 nécessaire dans le contexte de l'article 28-a du Statut, tandis que l'Accusation affirme
10 que ce lien de causalité n'est pas nécessaire. Si la causalité est nécessaire au titre de
11 l'article 28-a, quel est le degré de relation requis, s'agit-il du « *but for* », s'agit-il d'une
12 responsabilité élevée, la prévisibilité raisonnable ou autre chose ?

13 d : est-ce que l'évaluation de la causalité fait double emploi avec l'évaluation de la
14 question de savoir si un commandant a pris des mesures nécessaires et raisonnables
15 ou s'agit-il d'un élément supplémentaire, ou faut-il un élément supplémentaire ? La
16 dernière question, c'est le droit juridique... le devoir juridique de retirer les troupes.
17 Un commandant a-t-il le devoir juridique de retirer ses soldats s'il devient conscient
18 que ses soldats commettent des crimes ? Si oui, un, quelle est la base juridique de ce
19 devoir ? Deux, quand ce devoir se présente-t-il ? Trois, cela vaut-il pour tous les
20 soldats ou seulement pour ceux qui auraient commis des crimes ? Quatre, une
21 importance doit-elle être attachée au fait que le retrait, qu'il soit complet ou partiel,
22 pourrait conduire à une défaite militaire ? Voilà les questions.

23 Je donne maintenant la parole à la Défense.

24 M^{me} GIBSON (interprétation) : [13:35:09] Je vous remercie, Madame la Présidente,
25 Madame, Messieurs.

26 Mon intervention portera sur les quatre premières questions du groupe D, et puis,
27 avec votre autorisation, je donnerai la parole au professeur Newton, et qui parlera de
28 la cinquième question.

1 La première question concernant la motivation du supérieur hiérarchique. La raison
2 pour laquelle un commandant en campagne décide de prendre des mesures pour
3 prévenir et réprimer des crimes n'a pas de pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer
4 leur adéquation. L'adéquation est évaluée de façon objective, la motivation de façon
5 nécessaire et subjective.

6 Dans le cas d'espèce, l'évaluation par la Chambre de première instance de
7 l'adéquation des mesures prises par M. Bemba ont inclus la prise en compte de sa
8 motivation lorsqu'il a pris les mesures en questions. La Chambre a déterminé que,
9 oui, M. Bemba avait pris ces mesures, mais il ne les a pas prises parce qu'il voulait
10 vraiment prévenir et réprimer des crimes, il les a prises parce qu'il voulait que le
11 MLC fasse bonne figure. C'est une erreur.

12 M. Bemba a fait ce qu'il a fait. La raison pour laquelle il s'est rendu en République
13 centrafricaine pour rappeler à ses troupes qu'elles devaient respecter le code de
14 conduite, tout cela n'a pas de pertinence. Il n'y a pas d'exemple de cas de
15 commandement où la Chambre de première instance du TPIY, par exemple, aurait
16 dit « le général Krstić a pris des mesures pour prévenir et punir des crimes, mais il
17 n'y pensait pas vraiment, et en fait, il est pénalement responsable. » Il n'y a pas
18 d'affaire de ce genre. Il n'y en a certainement pas qui aurait pu survivre à un examen
19 par la Chambre d'appel du TPIY.

20 Parce que depuis la première affaire, depuis le jugement Tadić, la Chambre d'appel
21 du TPIY a souligné le manque de pertinence et l'inscrutabilité des motifs en droit
22 pénal. Oui, ça n'est pas fait un commentaire fait en passant par la Chambre de
23 première instance. On n'en parle pas seulement une fois.

24 Dans le jugement, on voit que la Chambre de première instance a examiné tous les
25 éléments de preuve relatifs aux mesures sous cet angle-là. Les motifs de M. Bemba
26 auront utilisé (*phon.*) pour discréditer sa lettre aux Nations Unies où il disait que le
27 MLC n'ignorait pas les violations au code de comportement, pour discréditer
28 l'enquête conjointe MLC/RCA menée par le colonel Mondonga pour discréditer

1 l'enquête *Zongo*, et enfin, au paragraphe 728 du jugement, c'est un des facteurs
2 utilisés pour discréditer toutes les mesures qu'il a prises. C'est un facteur très
3 important de raisonnement de la Chambre de première instance et les juges
4 n'auraient jamais dû s'y consacrer. Ce faisant, ils ont introduit un élément de
5 subjectivité dans l'évaluation de l'adéquation des mesures qui ne devrait pas y être et
6 qui n'a pas de place dans le droit. Ils ont sapé leurs propres conclusions que
7 M. Bemba a... n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables, car bien entendu,
8 il les a prises.

9 Passons maintenant à l'avertissement qui doit « fait » à l'accusé. Il est injuste de
10 condamner un accusé parce qu'il a omis de prendre des mesures particulières et
11 spécifiques sans d'abord l'avertir qu'il aurait dû le faire, sans lui donner la possibilité
12 de dire : « en fait, je l'ai fait, j'ai pris ces mesures », ou bien « c'est une mesure tout à
13 fait irréaliste qu'un commandant aurait pu prendre et ça n'a pas sa place dans les lois
14 de la guerre ».

15 À la CPI, l'avertissement d'un manquement à prendre des mesures figure dans le
16 DCC. Dans le DCC de l'affaire *Bemba*, aux paragraphes 93 à 100, sous la rubrique
17 « Bemba a omis de prendre des mesures nécessaires et raisonnables », l'Accusation
18 énumère les mesures qui, selon elle, auraient dû être prises par M. Bemba et qu'il n'a
19 pas prises. Par exemple, il n'a pas donné des ordres adéquats ; il n'a pas discipliné les
20 commandants de bataillon ; il n'a pas engagé de poursuites parce que les procès de
21 Gbadolite étaient des impostures. Et en énumérant cela dans le DCC, l'Accusation a
22 reconnu que M. Bemba aurait dû en être averti afin de pouvoir préparer sa défense
23 correctement, dès lors, il pourrait faire face à ces allégations.

24 M. Bemba savait qu'il devait apporter des preuves pour dire « non, les procès de
25 Gbadolite n'étaient pas une imposture, et voilà les raisons qui justifient cette
26 affirmation. » Et il l'a fait.

27 M. Bemba a apporté des preuves pour contrer chacune des allégations qui figurent
28 dans ces paraphes du DCC.

1 Qu'a fait la Chambre de première instance ? Eh bien, elle a déclaré : « Ces mesures,
2 vous les avez prises, mais pas pour les bonnes raisons, elles n'allaient pas assez loin
3 et, en fait, voilà une nouvelle liste de mesures, donc nous pensons que vous auriez
4 dû les prendre et vous ne les avez pas prises. Vous auriez pu, par exemple, modifier
5 le déploiement des troupes pour éviter les contacts avec les civils ; vous auriez pu
6 partager des informations pertinentes avec les autorités de la RCA, par exemple. »
7 Donc, M. Bemba a été condamné sur base de mesures dont il a entendu parler pour
8 la première fois au moment de son jugement. Si M. Bemba avait su que sa
9 responsabilité pénale serait engagée parce qu'il n'avait pas redéployé des éléments
10 du MLC, il aurait pu poser des questions aux témoins à ce sujet, il aurait pu
11 interroger n'importe lesquels des 31 soldats qui ont témoigné en demandant :
12 « Est-ce une mesure raisonnable, est-ce une réaction réaliste à des crimes ? » Ou il
13 aurait pu démontrer que les troupes avaient été redéployées. Mais aucune de ces
14 possibilités ne lui a été offerte.

15 Comment est-ce que l'Accusation réagit à cela ? Eh bien, c'est important, l'Accusation
16 n'a pas fait d'observation sur le fait que M. Bemba n'avait pas besoin d'être averti de
17 ces mesures supplémentaires. Au contraire, ils ont dit que c'était... il l'avait été.
18 L'Accusation a cité le paragraphe 12 dans sa réponse, le paragraphe... les
19 paragraphes des décisions de confirmation, le DCC, la synthèse des éléments de
20 preuve, l'analyse approfondie. Et dans les paragraphes que l'Accusation cite, il n'y en
21 a aucun qui concerne les mesures. L'Accusation, au contraire, cite des centaines de
22 pages de plaidoirie générale sur les capacités générales de M. Bemba en tant que
23 commandant, et affirme qu'il avait été informé de ces mesures spécifiques.

24 Donc, en réalité, ce que nous dit l'Accusation, c'est que si vous êtes un accusé
25 comparissant devant la CPI, la Chambre de première instance a le droit de vous
26 condamner pour n'avoir pas pris des mesures spécifiques, sur base de n'importe quel
27 fait qui se retrouve n'importe où dans votre acte d'accusation, ou dans n'importe
28 laquelle des centaines de pages de documents, que cela concerne des mesures ou

1 pas. En fait, voilà le dossier. Les faits y sont, et c'est à vous de trouver quels sont les
2 éléments des charges qu'il faut y raccrocher (*phon.*). Ça, ça n'est pas un véritable
3 avertissement, parce que ça ne permet pas à un accusé de savoir comment se
4 défendre des charges. Ça n'est pas toute une liste de noms, d'endroits, d'événements
5 que l'on peut modifier et réorganiser comme on le veut. Il y a un train séparé de faits
6 qui vient en appui de chacun des éléments de crimes. S'écarter de ces positions, ça
7 serait de dire, par exemple, à M. Ntaganda : « Voilà une liste des mesures dans votre
8 liste de charges que vous n'avez pas prises, selon l'Accusation, mais vous pourriez
9 être condamné sur base d'une liste des mesures tout à fait différentes, que l'on aurait
10 retirées de n'importe où dans votre dossier, et vous le découvrirez le jour de votre
11 jugement. Il serait impossible de défendre des accusés sur cette base. On ne donne
12 pas aux accusés une chance équitable, ceci ne devrait pas constituer la base de la
13 responsabilité des commandements à la CPI.

14 Passons des mesures à la causalité et la raison et le degré de lien causal requis au
15 titre de l'article 28-a du Statut.

16 La nature de la responsabilité du supérieur hiérarchique exige un critère de causalité
17 stricte. La responsabilité du commandant est exceptionnelle en droit. Cela permet à
18 quelqu'un d'être condamné pour un crime, quand bien même cette personne n'a pas
19 participé à la commission du crime et n'avait pas l'intention qu'il soit commis.
20 Quelqu'un d'autre commet le crime et la responsabilité du supérieur découle de ses
21 omissions, du fait qu'il n'a pas agi, de son inaction.

22 Les omissions, c'est différent des actes. Il y a différence entre tuer quelqu'un par balle
23 — c'est une action — et ne pas intervenir pour mettre un terme à ce tir,
24 éventuellement — c'est une non-action, une inaction.

25 Et pour le juge Steiner, comme elle l'a fait remarquer dans son opinion séparée,
26 l'évaluation de la causalité pour les actes d'omission ne devrait pas être différente
27 au-delà de ce qui est inévitable. Et c'est exact, si les actions et les omissions sont
28 traitées de façon équivalente en termes de responsabilité pénale, si on considère que

1 quelqu'un est également responsable par inaction que par action, les conditions qui
2 suscitent la responsabilité pénale devraient alors être les mêmes. Qu'est-ce que ça
3 veut dire en termes de causalité ? Eh bien, la responsabilité découle du fait que
4 l'accusé a tiré sur une victime et a causé sa mort. Une omission... dans une omission,
5 la victime n'aurait pas été abattue et tuée s'il n'y avait pas eu manquement à
6 intervenir. Traiter les actes et les omissions de la même chose exige l'application du
7 critère « *but for* » en termes d'omission. Une véritable... une imputation équitable des
8 crimes des subordonnés à un commandant exige que l'on applique le « *but for* » aux
9 omissions du commandant, autrement, les crimes ne se seraient pas produits. C'est
10 un critère très élevé, c'est un critère qui est prôné par l'Accusation. L'Accusation
11 affirme que les omissions de M. Bemba ont augmenté le risque de crime, mais cela
12 pose des problèmes que de mettre la barre aussi bas. Tout d'abord, du point de vue
13 de la théorie générale du droit pénal, la causalité est une exigence minimum de la
14 responsabilité pénale, et ici, dans le contexte du commandement, lorsqu'un
15 commandant n'est pas celui qui commet le crime, lorsqu'il est à distance de ces
16 crimes, il vous faut quelque chose de plus qu'un risque augmenté pour déclencher la
17 culpabilité. On parle ici, conformément au Statut, de la responsabilité pénale de
18 génocide, de crime contre l'humanité, de crime de guerre par inaction. Le seuil doit
19 être élevé et fixer le critère à ce niveau ne sapera pas les objectifs de la justice
20 internationale, ne permettra pas aux commandants de passer par les mailles du filet.
21 Cela veut simplement dire que les condamnations s'en tiendront aux commandants
22 dont les omissions ont causé des crimes.

23 Deuxième point : augmenter le... le critère « augmenter le risque » est beaucoup plus
24 faible que le critère de causalité par omission en droit national.

25 La juge Steiner, dans la note 49 de son opinion séparée, a exécuté une mini-enquête
26 sur les normes nationales en matière de lien causal entre omission et crime, citant
27 des décisions suisses et allemandes qui parlent de probabilité à la limite de la
28 certitude, ainsi que la Cour de cassation française qui parle, elle, de « risque d'une

1 gravité toute particulière », ainsi que les cours italiennes, qui exigent une probabilité
2 logique. Et c'est tout à fait raisonnable. Comment pourrait-il être juste qu'une action
3 commise par un accusé exige une causalité naturelle, mais une omission n'a besoin
4 que d'augmenter le risque pour que le crime ait lieu ? C'est une disparité à éviter.

5 Autre problème avec le critère proposé par l'Accusation : si les manquements du
6 commandant sont seulement... ne sont... sont les seuls requis pour augmenter le
7 risque de crime par les subordonnés, eh bien, il y a une vraie possibilité que le crime
8 se soit produit de toute façon. Quand bien même le commandant aurait respecté ses
9 devoirs, les crimes auraient quand même pu se produire. Donc, l'exigence de
10 causalité n'a plus de sens, elle n'a pratiquement plus de sens, elle n'est pas suffisante
11 pour déclencher une responsabilité pénale de la part du commandant. La nature des
12 responsabilités de commandement exige un critère de causalité stricte. Si, en dépit
13 de ces arguments, une approche « risque » est adoptée, le degré de risque doit être
14 défini de façon stricte, ça ne peut pas être n'importe quel risque et n'importe quelle
15 probabilité. Conformément aux autorités nationales et aux principes fondamentaux
16 de la culpabilité personnelle, cela ne permettrait des condamnations que lorsqu'il y a
17 une forte probabilité, à la limite de la certitude, que les omissions du commandant
18 sont la cause des crimes.

19 Et j'en arrive à ma dernière question qui est le chevauchement, s'il y en a un, entre
20 les mesures et la causalité.

21 Un commandant a-t-il pris des mesures nécessaires et raisonnables ? Et y a-t-il un
22 lien causal entre les omissions et les crimes ? Ce sont deux choses différentes. Une
23 Chambre de première instance ne peut résoudre ces deux questions par la même
24 analyse. Une Chambre de première instance ne peut pas dire « nous concluons que
25 cet accusé n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables, donc
26 automatiquement, nous considérons qu'il est à l'origine des crimes ».

27 Dans son évaluation de la causalité, la Chambre de première instance de cette Cour a
28 examiné les éléments de preuve de la même façon que lorsqu'elle a évalué les

1 mesures prises, puis elle a incorporé cela par référence dans ses conclusions sur les
2 mesures en concluant que si M. Bemba avait pris les mesures identifiées, les crimes
3 n'auraient pas été commis. Ce n'est pas nouveau et nous pensons que c'est une
4 erreur.

5 La Chambre de première instance doit aborder ces éléments séparément. Comment
6 faire ? Il faut d'abord savoir... il faut que le juge découvre ce qu'a fait l'accusé. Est-ce
7 que le commandant a pris les mesures A, B, C ? Est-ce qu'elles étaient adéquates ?
8 Est-ce qu'elles étaient raisonnables étant donné les circonstances de l'époque ? La
9 causalité, c'est quelque chose de différent. La causalité, c'est un juge qui examine la
10 relation entre les omissions et le crime. Est-ce qu'il y a un élément déclencheur ?
11 Est-ce qu'il y a une cause ? Est-ce qu'une chose est le résultat d'une autre ? Et ça,
12 c'est tout à fait raisonnable parce que, comme la juge Ozaki l'a dit dans son opinion
13 séparée — et je cite : « La nature même de la responsabilité du commandement
14 présuppose l'existence de causes multiples des crimes, y compris le comportement
15 des auteurs directs. ».

16 La causalité exige qu'une Chambre de première instance y réfléchisse, s'attaque à la
17 question et se penche sur la question de savoir quelle est la cause des crimes. Est-ce
18 qu'on peut les attribuer aux omissions de l'accusé ou y a-t-il d'autres facteurs en
19 jeu ? Est-ce qu'il y a un lien suffisant ou un élément déclencheur suffisant entre le
20 manquement au devoir et les crimes ? C'est l'étape supplémentaire. Alors, pourquoi
21 les juges de notre Chambre de première instance ne l'ont-ils pas fait ? Pourquoi
22 est-ce que cela ne figure pas dans le jugement ? Eh bien, parce qu'ils ne le pouvaient
23 pas, tout simplement parce qu'ils n'avaient pas défini le degré de lien causal requis.
24 Ils n'avaient pas de critères, ils n'avaient pas de base à partir de laquelle évaluer la
25 mesure dans laquelle les omissions présumées de M. Bemba étaient à l'origine des
26 crimes. On ne peut pas déterminer la causalité quand on n'a pas de seuil de causalité
27 par rapport auxquels on peut évaluer les éléments de preuve, c'est pourquoi le
28 raisonnement n'est pas là.

1 Si la Chambre de première instance avait défini le critère de causalité et avait
2 déterminé que le critère « *but for* » était nécessaire, elle aurait d'abord pu évaluer si
3 M. Bemba avait pris les mesures nécessaires et raisonnables, puis, étant donné les
4 circonstances de l'affaire, elle aurait pris en compte les différents facteurs, le
5 comportement des auteurs, le fait que les crimes, les crimes spécifiques, le pillage, le
6 viol, le meurtre, se seraient produits si M. Bemba n'avait pas omis de prendre ces
7 mesures. Ça, c'est la deuxième étape. Ça, c'est le quelque chose de supplémentaire.
8 Et notre Chambre de première instance a sauté cette étape, elle ne pouvait pas s'en
9 occuper parce qu'elle n'avait pas défini le degré de relation. Et pour cette raison, la
10 causalité est invalide.

11 Alors, si vous me le permettez, Madame le Président, je vais donner la parole au
12 professeur Newton qui, lui, va vous parler du retrait.

13 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT : [13:53:45] *Thank you, Ms Gibson.*
14 *Mr Newton.*

15 M. NEWTON (interprétation) : [13:53:47] Madame le Président, Madame, Messieurs
16 les juges, donc je vais répondre aux questions qui ont été posées.

17 Donc, hier, nous avons parlé du raisonnement tout à fait déplorable qui affecte le
18 jugement de la Chambre de première instance. Mais que ce soit clair, le fait de dire
19 qu'un commandant doit retirer ses troupes, c'est une erreur de droit flagrante, de
20 notre avis. C'est un... il n'y a pas de précédent, et c'est une grave erreur, une erreur
21 flagrante. Alors, on pourra passer beaucoup de temps sur des questions
22 hypothétiques et sur les premières trois sous-questions. Sachez qu'il n'y a aucun
23 précédent où que ce soit, dans le monde entier, en... en imposant une obligation
24 légale à un commandant de retirer ses forces et les troupes d'une opération en cours.
25 Et ça, ça existe... ça n'existe pas. Dans l'appel *Blaškić*, on savait... on sait bien que ce
26 qui est écrit dans l'appel *Blaškić*... dans l'arrêt *Blaškić*, ces sujets ne sont pas le fait du
27 droit substantif, mais il faut prendre en compte les éléments de preuve contextuels.
28 On ne peut pas avoir une règle à l'emporte-pièce qui marcherait dans tous les coups.

1 Donc vraiment, cela risque de saper totalement le droit de la guerre, les opérations
2 de l'Otan, les opérations de coalition, les opérations de missions de maintien de la
3 paix des Nations Unies aussi. Tout ça est en danger. C'est une pratique que l'on
4 trouve partout, dans le monde entier.

5 Maintenant, pour ce qui est de la substance même et du fond, l'interprétation par la
6 Chambre de première instance sape aussi l'article 28, parce qu'en fait, cela tord
7 totalement le sens courant du texte. Quand on lit 28, normalement, on voit quel est le
8 but, en fait. Et de plus, cela enfreint aussi l'article 21 du Statut de Rome parce que
9 cela injecte une nouvelle norme subjective qui serait injectée dans le droit de la
10 guerre uniquement par cette Chambre. Regardez au paragraphe 740 du jugement, il
11 n'y a pas de citation, il n'y a pas d'autorité, il n'y a pas de source, aucune référence.
12 La Chambre a tout créé. On a certes une vague référence croisée à des déclarations
13 de témoins, mais rien d'autre.

14 Alors, j'aimerais quand même faire une petite digression, parce que... quelque chose
15 dont on a parlé ce matin, mais on a un peu tourné autour du pot. Mais ici, si on
16 impose l'obligation de retirer, eh bien, cela enfreint aussi l'article 28 du Statut, parce
17 que dans 28, il est dit que le commandant doit exercer correctement son... sa
18 responsabilité. Alors, il a... dans 21, bien sûr, il y a référence au Statut, et cetera, et
19 cetera, mais dans le Statut de Rome, on... on trouve certaines choses, mais il est
20 évident que cette Cour doit utiliser les textes qui existent. Or, il n'existe aucun texte,
21 à l'heure actuelle qui oblige juridiquement un commandant à retirer ses troupes. Par
22 nature, pourtant, nous savons bien que la guerre représente l'absence d'ordre. Il n'y
23 a pas d'ordre pendant la guerre, et c'est pour cela que le rôle du commandant est
24 essentiel. Mais la Chambre de première instance n'a pas pris en compte la réalité.

25 Le droit de la guerre a été inventé et marche... et fonctionne de bas en haut. Et c'est
26 un mélange, en fait, c'est... d'efficacité militaire avec des impératifs humanitaires.
27 Tous les deux doivent fonctionner la main dans la main, en fait, afin d'arriver à la
28 protection des civils qui est le but. Les forces déployées, bien sûr, vont être dans une

1 situation extrêmement difficile, on s'y attend, mais ils vont pas laisser tomber, ils
2 vont, certes, respecter la loi, protéger les civils, mais ils vont aussi réaliser les
3 objectifs et exécuter la mission. Donc il faut, d'un côté, qu'ils respectent la loi, et de
4 l'autre côté, qu'ils exécutent la mission. Et c'est là où la Chambre de première
5 instance s'est trompée, parce qu'ils ont décidé « Oh, finalement, l'efficacité militaire,
6 on n'en a rien à faire, on va uniquement s'occuper du droit humanitaire. »
7 Absolument pas, ça ne peut pas marcher, la mesure n'est pas raisonnable en cas de
8 guerre.

9 Alors maintenant, pour ce qui est de l'exigence de causalité de l'article 2,8, nous
10 savons que c'est un élément qui doit être prouvé au-delà de tout doute raisonnable
11 par l'Accusation. Alors, ceci dit, les faits ne démontrent pas qu'il y ait eu malfeasance
12 professionnelle de la part de M. Bemba. Les agissements, eux, ont eu lieu dans un
13 autre pays, sous un commandement opérationnel différent, dans une autre langue,
14 d'ailleurs, et finalement, la Chambre de première instance dit « On aurait pu tout
15 éviter, il suffisait de ne pas y être allés au départ ou de s'être retirés à temps. » Enfin,
16 non, ce n'est pas comme ça que marche le commandement... Tout commandant qui
17 envoie ses troupes commettre des crimes librement et qui laisse tomber tout
18 *reporting*, disant « Faites ce que vous voulez, je ne veux rien savoir », bien sûr,
19 celui-là doit être sanctionné, c'est évident. En effet, ce serait un commandant qui ne
20 respecterait pas sa déontologie militaire, mais... il ne devrait d'ailleurs pas être
21 commandant, parce que « commander », c'est un verbe actif.

22 M. Cross, aujourd'hui, nous a parlé de l'article 28 en disant que le but de l'article 28,
23 c'est d'imposer l'omission d'un supérieur à exercer... au contrôle correct. Mais il n'a
24 pas dit « exercer le contrôle », parce que le contrôle, ce n'est pas quelque chose qui
25 existe en tant que tel, il faut exercer ce contrôle. Et donc, c'est... il y a une action à
26 faire. Alors, on a parlé un petit peu des différences qui existent dans la... dans la
27 décision, mais il... j'aimerais ici encore faire une petite digression par rapport à un
28 paragraphe qui, à mon avis, est essentiel et qui... le paragraphe 740.

1 La Chambre de première instance a dit que l'attaque sur Mongoumba était... et je
2 cite, « faisait partie du mode opératoire, du schéma qui était de toujours attaquer les
3 zones civiles où ne se trouvaient que des civils ». Mais, comme je l'ai dit, bon, il n'y a
4 aucune référence à la moindre source, enfin, tout le monde se met d'accord.
5 Mais il faut quand revenir au paragraphe 543 — note de bas de page 1614 — pour
6 trouver enfin la source et pour trouver pourquoi c'est une telle erreur flagrante.
7 Parce que la Chambre a oublié... a trouvé qu'il était pratique d'oublier, en fait, que
8 les membres des forces du MLC avaient été capturés, étaient détenus dans cet
9 endroit. Alors, on aurait pu trouver... on devrait penser que la Chambre aurait dit :
10 « Là où on pouvait éviter les crimes contre les civils, où il est interdit d'utiliser les
11 civils comme bouclier humain », mais non, ils ont tout simplement écarté le fait qu'il
12 y avait des forces... des troupes qui leur appartenaient qui se trouvaient dans cet
13 endroit. Regarde... Écoutez le témoin P-0029. En fait, les civils étaient là uniquement
14 parce que les troupes étaient déjà... s'étaient enfuies alors.
15 M. Bemba ne devrait pas être tenu pour... pénalement responsable pour la
16 possibilité qu'il n'avait pas envisagé que les ennemis seraient partis lorsque ses
17 forces seraient arrivées. L'article 28 doit être interprété d'après le sens le plus simple,
18 et parce qu'on ne peut pas obliger le commandant à faire plusieurs choses, parce
19 que... des choses qui sont parfaitement irresponsables d'un côté. Et ce serait en plus
20 tout à fait nouveau pour des opérations militaires, parce que dans le monde entier,
21 quand on a un commandant qui a laissé tomber toute son autorité de
22 commandement, il n'est jamais respecté ; le droit de la guerre ne marche pas comme
23 ça.
24 Le commandement et le sens du commandement, ce n'est pas une fonction en tant
25 que telle, et ça... et c'est quelque chose qui fonctionne holistiquement. Mais les
26 commandants ont un rôle irremplaçable. Ils ont une obligation, ils sont tenus de
27 préparer leurs troupes pour que les troupes puissent exécuter une mission de
28 combat avec discipline, avec professionnalisme — mission qui sera très difficile. Et

1 en même temps, ils doivent en plus respecter les lois de la guerre.
2 C'est le but de l'article 28, pour que dans un libellé juridique, on soit sûr que les
3 commandants exercent correctement leur rôle.
4 Donc, le fait de leur ajouter des obligations venant du... venant du... de la hiérarchie
5 ne suffit... enfreint totalement le... la façon dont on doit interpréter l'article 28.
6 Alors donc, comme je dis, d'un côté, vous avez des commandants qui doivent laisser
7 tomber peut-être leur commandement ou... ou abandonner la mission. Enfin, tout le
8 monde sait que la défaite est amère et le but des opérations militaires, ce n'est pas de
9 perdre. Donc, on abandonne la mission toujours en dernier lieu. On essaie toujours
10 de poursuivre la mission. Et ce n'est pas imposé par les supérieurs pour dire :
11 « Voilà, maintenant, tout d'un coup, on va retirer les troupes et on va tout
12 abandonner. »
13 Maintenant, pour ce qui est... Parlons maintenant un peu du monde réel pour savoir
14 ce qu'il se passe dans le monde réel, parce qu'on ne parle pas... parce qu'on parle ici
15 quand même de chaos total, et pas seulement de défaite militaire.
16 Imaginons que vous ayez un chef qui a été élu correctement, d'un dirigeant qui ait...
17 et qui se trouve confronté à des forces rebelles dans le pays. Alors, on va tout
18 simplement dire : « Oh ! Si vous ne vous retirez pas, il y aura encore des morts civils,
19 alors retirez-vous. » Pas du tout. L'article 28 ne sert absolument pas à cela.
20 Il y a... Les États, visiblement, ne... n'utilisent pas ce type de... d'argument, et la
21 Chambre de première instance n'a trouvé aucune source pour étayer son
22 interprétation de cela.
23 Et maintenant, je vais paraphraser les Espagnols disant : si le... si les impératifs
24 militaires sont essentiels pour évaluer les obligations exigées au titre de l'article 28,
25 M. Bemba a... s'est conduit d'une façon cohérente avec le concept d'un exercice
26 responsable du commandement.
27 Donc, à mon avis, on ne peut... on ne peut pas tout simplement dire après coup qu'il
28 aurait dû faire quelque chose. On ne peut pas baser un raisonnement juridique sur ce

1 type de logique.

2 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [14:05:48] Nous
3 passons maintenant à l'Accusation.

4 Madame Brady.

5 M^{me} BRADY (interprétation) : [14:05:55] Bonjour, Mesdames et Messieurs les juges.

6 Je vais reprendre, donc, les cinq questions que nous avons au groupe D, et je vous
7 suis reconnaissante de me donner ces 10 minutes supplémentaires que je vous ai
8 demandées parce que nous avons là des questions qui sont à la fois toutes nouvelles
9 et difficiles.

10 La première question porte sur la motivation d'un commandant pour que celui-ci
11 prenne des mesures qui s'avèrent à la fois nécessaires et raisonnables, et comment
12 évaluer cette adéquation.

13 La motivation d'un commandant à prendre des mesures pour empêcher ou punir
14 n'est pas quelque chose qui peut être établi comme un fait de droit, mais dans
15 certains dossiers, il peut s'avérer pertinent pour asseoir les preuves à l'heure
16 d'évaluer l'adéquation des mesures prises en tant que supérieur hiérarchique, et ce
17 au terme de l'article 28, et pour savoir s'il a accompli son devoir dans l'esprit de cet
18 article.

19 En d'autres termes, il se peut que l'on doive évaluer si ces mesures, telles qu'elles ont
20 été prises, étaient les seules que le commandant pouvait faire dans ces circonstances.
21 Et c'est exactement ce que la Chambre nous a expliqué dans les
22 paragraphes 727 et 728 du jugement.

23 Et donc, c'est une question de fait pour chacun des cas à l'étude, d'ailleurs. Par
24 exemple, vous avez un commandant qui a pris toutes les mesures qui, dans les
25 circonstances en l'espèce, s'avéraient nécessaires et raisonnables. Et alors, à ce
26 moment-là, une enquête sur sa motivation ne semble pas pertinente, même si les
27 mesures qui ont été prises l'étaient tout à fait pour les mauvaises raisons.

28 Et puis, à l'autre extrémité de cet éventail, nous avons le commandant qui n'a pris

1 aucune des mesures nécessaires et raisonnables qui s'offraient à lui. Et à ce
2 moment-là, ses meilleures intentions ou motivations ne pourront, de toute façon, pas
3 l'exonérer.

4 Mais voilà, vous savez fort bien que les affaires ne sont pas toujours noires et
5 « blancs », comme celle-ci. C'est vrai que nous avons ici un exemple. Nous avons un
6 commandant qui a pris des mesures minimales, limitées, insuffisantes, et nous avons
7 là une motivation avérée qui peut faire la lumière sur ces mesures, peut-être, et donc
8 nous aider et aider la Chambre à évaluer l'adéquation de ces mesures, et se poser la
9 question, donc, de savoir s'il a réellement pris toutes les mesures nécessaires et
10 raisonnables vu les capacités matérielles qui étaient les siennes.

11 Cette analyse en fonction des faits se retrouve dans deux affaires au TPIY, en fait.
12 Nous avons des dossiers que vous connaissiez, Madame Van den Wyngaert, fort
13 bien, puisque vous avez participé à ces deux dossiers, à ces deux affaires. Nous
14 avons l'affaire *Boškoski*. En effet, il a été décidé que l'accusé n'avait pas manqué de
15 prendre des mesures raisonnables. Et la Chambre a d'ailleurs suggéré que les
16 éléments de preuve qui ont été avancés nous montrent que l'accusé n'avait pas été
17 motivé à faire plus, et ce n'était pas pertinent à l'heure d'évaluer sa responsabilité
18 pour omission à punir, ce que nous retrouverons dans la note D.3 dans l'affaire
19 *Boškoski*.

20 Dans une autre affaire, *Strugar*, les éléments de preuve selon lesquels l'accusé
21 connaissait cette enquête, et qu'une enquête sur les crimes commis par ses
22 subordonnés n'était qu'un simulacre qui était lancé simplement pour réparer la
23 réputation internationale de l'armée, ça a servi pour prouver que, finalement, Strugar
24 n'avait pas pris les mesures à la fois nécessaires et raisonnables pour réellement
25 punir ses subordonnés — quelque chose que l'on peut retrouver dans la note D.4,
26 d'ailleurs.

27 Dans notre affaire, ici, le raisonnement de la Chambre est incontestable. Ce n'est pas
28 que, comme on vient de l'entendre, il soit pénalement responsable rien que du fait

1 de ses motivations ; c'est, je crois, un résumé un peu simpliste de la complexité du
2 jugement.

3 Prenez les paragraphes 719 à 225 du jugement de la Chambre de première instance.
4 Qu'est-ce qu'on voit ? On voit d'abord une première analyse des quelques mesures
5 prises par M. Bemba, et donc chacune de ces mesures « furent » analysées.

6 Et puis, au paragraphe 727, la Chambre constate qu'il y avait une réaction fort
7 inadéquate face aux informations soutenues et cohérentes des crimes à grande
8 échelle commis par les soldats du MLC.

9 Alors, au paragraphe 728, on voit que la Chambre confirme que ces mesures étaient
10 surtout motivées par son souhait de contrer les allégations faites publiquement et de
11 réhabiliter l'image publique des MLC.

12 Et puis encore un peu plus tard, dans ce paragraphe 728, la Chambre conclut
13 d'abord qu'il a utilisé des mesures minimales, minimalistes et inadéquates face aux
14 crimes allégués des MLC. Et aussi, on voit que son intention essentielle était de
15 protéger l'image des MLC, et non pas de prendre les mesures raisonnables et
16 nécessaires qui lui étaient pratiquement possibles à ce moment-là et matériellement
17 possibles pour soit empêcher, soit réprimer ces crimes. Et c'est ce que l'on retrouve à
18 la note D-5.

19 Donc, en bref, la Chambre était raisonnable. Et elle a envisagé et analysé, soupesé les
20 motivations de M. Bemba ainsi que les éléments de preuve sur les mesures elles-
21 mêmes. Elle est ainsi arrivée à une conclusion nuancée selon laquelle il n'avait pas
22 pris les mesures nécessaires et raisonnables.

23 Mais je vais poursuivre et je vais me pencher sur la question B, à savoir : est-ce que
24 l'accusé doit être informé des mesures que la Chambre pense qu'il aurait pu prendre
25 en vertu de l'article 28 ?

26 En fait, en vertu de l'article 28 et de la responsabilité qui en découle, non, l'accusé ne
27 doit pas être informé des mesures spécifiques que la Chambre pense qu'elle... que
28 celui-ci aurait pu prendre en tant que commandant pour prévenir, empêcher ou

1 punir les crimes commis par ses subordonnés.

2 Les tribunaux ad hoc, d'ailleurs, ne l'ont pas demandé non plus. La Cour devrait

3 s'en tenir à la même position et être cohérente. Et c'est vrai que, quand l'accusé n'a

4 pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables, celui-ci doit être averti. Et

5 alors là, je vais vous citer en fait plusieurs décisions que nous avons consultées, six

6 ou sept décisions qui sont reprises dans notre note D.6.

7 Donc, l'accusé doit être averti de la conduite qui fait qu'il n'a pas pris les mesures

8 nécessaires et raisonnables pour empêcher les crimes ou punir ses subordonnés. Et

9 les tribunaux ad hoc ont conclu qu'il était juridiquement suffisant de retrouver, dans

10 les charges, l'argument selon lequel l'accusé n'a pas pris les mesures nécessaires et

11 raisonnables pour empêcher ou punir. Et encore une fois, ici, je vous renvoie à la

12 note 6.

13 Ceci a d'ailleurs été encore plus récemment confirmé dans un dernier jugement de la

14 Chambre d'appel du TPIY, dans l'affaire *Prlić* — en note D.7.

15 Ce sont là des tribunaux ad hoc qui n'ont pas demandé que, dans les charges, on

16 dresse la liste exhaustive de toutes les mesures potentielles que les supérieurs

17 auraient pu prendre, ce qui tombe sous le sens, parce que, finalement, ce qui

18 représente des mesures nécessaires et raisonnables, ce n'est pas vraiment une

19 question de droit positif, mais c'est une question d'éléments de preuve, de droit de la

20 preuve.

21 Et d'ailleurs, on constatera à la lecture du paragraphe 197 que c'est au cas par cas

22 que l'on doit mener une enquête, que l'on doit analyser les faits et voir quelle était la

23 capacité réelle du commandant à ce moment-là.

24 Donc, au risque de me répéter, c'est vrai que ce qui doit être plaidé, c'est plutôt les

25 omissions coupables des supérieurs ou les mesures insuffisantes, je dirais. C'est

26 probablement la meilleure qualification, en l'occurrence. Et toute mesure qu'il aurait

27 pu prendre mais n'a pas prise serait simplement des éléments de preuve attestant **de**

28 son omission d'action, omission coupable d'action et, donc, ne devait pas être

1 plaidée.

2 Alors, en l'espèce, ici l'accusé a été notifié de cet élément dans sa responsabilité.

3 D'ailleurs, je prends note du fait que dans... que la Chambre d'appel, d'ailleurs, a

4 déjà repris dans sa... dans son jugement, dans sa décision sur les éléments de preuve

5 — et là, c'est repris sur la liste en note D.9 — la Chambre d'appel, donc, a constaté

6 que M. Bemba avait été informé en long et en large des allégations pesant sur lui, sur

7 base du document de la confirmation des charges et de la décision de confirmation,

8 les autres documents.

9 Mais ce que, nous, on dit, c'est qu'au-delà de tout ça, l'accusé, en fait, avait été averti

10 des sept mesures identifiées par la Chambre elle-même dans le paragraphe 729 et le

11 paragraphe 730, et que c'est sur cette base-là, donc, la décision de confirmation et le

12 DCC avec les informations complémentaires qui ont été données dans les documents

13 auxiliaires, que se poursuit la réflexion.

14 Alors, ici, je voudrais vous montrer un tableau qui reprend, en fait, toutes les

15 références auxquelles je vais vous renvoyer, et qui sont reprises, d'ailleurs, dans

16 notre note D.11. Et si vous le souhaitez, je peux vous en donner une version papier

17 également, si cela vous saurait gré.

18 M^{me} LA GREFFIÈRE (interprétation) : [14:17:23] Oui, entre-temps, je voudrais dire

19 que ce tableau est publié sur le canal « *Evidence 1* ».

20 M^{me} BRADY (interprétation) : [14:17:36] Je vais moi-même parcourir ce tableau fort

21 rapidement, mais je crois que vous pourrez le regarder à loisir.

22 Alors, nous avons ici, donc, un tableau qui vous donne, par le menu, par le détail,

23 pour les sept mesures qui ont été reprises aux paragraphes 729 et 730, qu'il était...

24 que M. Bemba en l'occurrence a été averti.

25 Alors, je vais vous expliquer comment nous avons opéré. Dans la première colonne,

26 nous avons la liste des mesures que la Chambre a déclaré qu'il aurait dû prendre à la

27 lumière des paragraphes 729 et 730. Donc, M. Bemba a été averti de ces sept mesures

28 spécifiques à partir du moment de la décision de confirmation. C'est ce qu'on voit en

1 deuxième et troisième colonne, que ce soient les conclusions de la Chambre
2 préliminaire sur sa... son autorité et ses capacités, paragraphes 458 à 477 et les
3 conclusions d'ailleurs, de la Chambre préliminaire, en troisième colonne, qui conclut
4 qu'il n'a donc pas pris les mesures nécessaires et raisonnables. Il s'agit ici des
5 paragraphes 491 et 511... 501.

6 Donc, vous avez ici tous les paragraphes.

7 Et donc, là il a été averti également lorsqu'on a plaidé l'article 28 — et ça, c'est en
8 quatrième colonne.

9 De surcroît, il a été à nouveau averti — et là, je crois que mon contradicteur de la
10 Défense ne peut qu'être d'accord — qu'il a donc été, une nouvelle fois averti de cette
11 mesure dans le Document contenant les charges, dernière version, remontant au
12 13 octobre 2010. Et dans les deux dernières colonnes de ce même tableau, ici, sous
13 vos yeux, nous avons aussi les paragraphes qui sont répertoriés dans lesquels on l'en
14 avertit, et on en fait à la fois une description de son pouvoir et capacités matérielles,
15 et du fait qu'il a ni empêché ni puni, et ce sont les paragraphes, donc, 22, 31, 58, 71,
16 avec une description des mesures qu'il n'a pas prises, aux paragraphes 91 à 100.

17 Et aussi, d'ailleurs, il y a aussi une certaine... une description du lien de causalité aux
18 paragraphes 72 à 75.

19 Madame et Messieurs les juges, d'après la Défense, il ne pourrait pas... il n'aurait pas
20 pu savoir qu'il devait donner des informations sur le déploiement prudent des
21 troupes, ou les autorités des... les informations sur les autorités de la République
22 centrafricaine, mais en fait, il suffit de... de voir ici, c'est tout simplement pas vrai.

23 Prenez le déploiement des troupes. Il est clair qu'il le savait. Il avait été averti, il
24 pouvait donner des ordres, il était responsable de la stratégie militaire. C'était lui qui
25 choisissait les bataillons qu'il fallait déployer. Et prenez le paragraphe 51 du
26 Document contenant les chasses... les charges. Au dernier alinéa, c'est cité *in extenso*
27 comme étant une des choses qu'il aurait dû faire — et d'ailleurs, je vais vous lire cet
28 extrait : « Un de ses pouvoirs, c'était de définir les objectifs des opérations militaires.

1 Il aurait pu donner des ordres directs, sur les concepts et les opérations et que cela ne
2 pouvait en tous les cas, pas être commis entre les populations civiles. » C'est noir sur
3 blanc dans ce document. Alors, puis-je vous rappeler que, dans le document de
4 confirmation et dans le Document contenant les charges, eh bien, ces deux
5 documents doivent être lus de pair, et tout comme les jugements de TPIY et l'acte
6 d'accusation doivent être lus de front aussi. C'est ce que nous avons à la note D.12.
7 Alors, c'est vrai qu'il ne s'agit ici de dire : « Oh ! Vous savez, c'est là quelque part, à
8 vous de trouver. » Non, non, non. C'est très logique. Si vous prenez la confirmation,
9 et si vous « comprenez » le Document contenant les charges, c'est logique, cela coule
10 de source, il suffit de suivre la séquence. Et c'est vraiment noir sur blanc. Et il est très
11 clair, à la lecture de ces documents, qu'il n'a pas pris les mesures qu'il fallait. Et
12 donc, on peut dire, en résumé, qu'il a été d'ailleurs tout à fait averti, et qu'il ne peut
13 prétendre ne pas avoir été averti de ces charges.

14 Je passe maintenant à un autre sujet. Il s'agit de la causalité. Et j'aimerais ici aborder
15 ces questions dans un ordre inverse à celui que vous avez vous-mêmes proposé. Je
16 vais commencer par la question D, et puis je prendrai la question C.

17 Dans la question D, vous nous demandez si le lien de causalité, s'apparente ou
18 chevauche l'évaluation du fait qu'un commandant aurait pris toutes les mesures
19 nécessaires et raisonnables, ou est-ce qu'il faut, pour ce faire, un élément
20 supplémentaire.

21 Alors, bon, vous le savez déjà, parce que vous avez déjà vu nos écritures, la position
22 de la... l'Accusation est que la causalité n'est pas un élément qui est requis à la... en
23 vertu de l'article 28, pour affirmer la responsabilité. En effet, nous avons pu
24 expliquer que les principes d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit
25 des traités ne plaide pas en ce sens.

26 Nous avons également pu montrer que le raisonnement et la justification ne sont pas
27 très convaincants sur ce point, si on y regarde de plus près, et de surcroît, soulève
28 plusieurs questions à la fois pratiques, mais aussi des questions politiques. Je ne vais

1 pas reprendre cela par le détail parce que nous avons abordé cela en long et en large
2 dans nos écritures. Par contre, là où je voudrais revenir, c'est sur le droit coutumier
3 international. C'est un droit qui est reconnu et appliqué par tous les tribunaux ad
4 hoc et qui l'a été sur les 20 dernières années voire plus, et à chaque fois, on a
5 fermement rejeté cet élément de la responsabilité et notre cour, ici, de... qui,
6 finalement, est l'organe suprême constitué au cours du dernier siècle, ne devrait pas
7 faire marche arrière, et tout d'un coup demander un... une preuve de causalité pour
8 ce mode de responsabilité.

9 Et d'ailleurs, quand je répons à votre question, je vais aborder cette question du
10 chevauchement, à savoir le chevauchement entre le lien de causalité et son
11 évaluation et l'omission du commandant à prendre les mesures nécessaires et
12 raisonnables pour éviter... pour prévenir, empêcher ou punir les crimes commis par
13 ses subordonnés. Et je vais donc reprendre tous les éléments que l'on retrouve
14 là-dedans.

15 Commençons par la notion de supérieur hiérarchique qui n'a pas pris toutes les
16 mesures nécessaires pour empêcher l'exécution des crimes de ses subordonnés. En
17 fait, cela exige, en fait, un lien temporel et « situationnel » à ces crimes. Et nous
18 aurons presque à chaque fois un chevauchement puisque ça va coïncider avec sa
19 contribution à la cause du crime.

20 Et d'ailleurs, même les tribunaux ad hoc qui avaient refusé le lien causal ont reconnu
21 qu'il y a un lien probant entre ces deux notions, ce que l'on retrouve d'ailleurs dans
22 la référence que je vous ai donnée ici, entre autres, dans l'affaire *Hadžihasanović* en
23 note D.13. Et d'ailleurs, les juges Steiner et Ozaki ont reconnu ce fait dans un avis
24 divergent. Et donc, lorsqu'on peut établir qu'un commandant n'a pas empêché la
25 commission d'un crime alors qu'il savait que ses subordonnés étaient en train de le
26 commettre ou étaient sur le point de le commettre, eh bien, c'est suffisant, et c'est
27 suffisamment probant pour prouver qu'il n'a pas exercé le contrôle qui convenait, et
28 donc que les crimes ont été perpétrés, de ce fait. Une telle preuve ne suffit pas si le

1 critère de cause exigé entre le devoir du commandant d'exercer le contrôle adéquat
2 et sur les crimes est supérieur au devoir d'empêcher ces mêmes crimes. Et en fait,
3 cela viderait l'article 28 de son objet et de son but. Et ça, c'est très, très important. La
4 responsabilité du commandant, en fait, dans l'article 28, se concentre sur la question
5 objective du devoir spécifique du supérieur hiérarchique à empêcher, réprimer ou
6 punir les crimes.

7 Il ne s'agit pas simplement de participer, à des crimes, et ce serait le cas si on devait
8 vider l'article 28. On arriverait simplement à une évaluation assez nébuleuse sur ce
9 qui fait un bon ou un mauvais commandant, et pour nous, c'est tout simplement
10 inadmissible.

11 D'un autre côté, si on n'aborde pas la question de l'omission du supérieur à
12 empêcher un crime ou le fait de ne pas avoir puni, en soi le fait de ne pas punir ne
13 peut jamais chevaucher avec l'exigence d'avoir contribué à ce crime. C'est quelque
14 chose qui tombe sous le sens, c'est de la logique. Ce n'est pas parce qu'on ne punit
15 pas que cela va encourager qu'un crime soit commis, puisqu'on ne peut pas causer
16 un crime avec rétroactivité. Et c'est quelque chose qui a été reconnu, d'ailleurs, dans
17 un avis divergent par les juges Steiner et Ozaki.

18 Cependant, l'omission, pour un commandant, de punir les crimes précédents
19 commis par ses subordonnés pourrait, par la suite, entraîner la commission
20 subséquente d'un crime. Et dans ce sens-là, il y a un lien de causalité, puisque nous
21 avons une impunité dans le chef des auteurs, qui découle du fait que le commandant
22 n'a pas agi. Et dans ce scénario, les éléments de preuve qui attestent du fait que le
23 commandant n'a pas puni ses subordonnés « va » satisfaire aux exigences de
24 l'explication du fait qu'il n'ait pas exercé le contrôle sur ses subordonnés et ainsi,
25 cela a abouti au crime. Et c'est ce que la Chambre de première instance avait à
26 l'esprit quand elle a conclu que ce sont des mesures que Bemba aurait pu prendre et
27 c'est ce qui aurait diminué, voire éliminé les crimes, et donc, cela aurait aussi calmé
28 ce climat de tolérance dont on... auquel on a fait référence trop souvent.

1 Cette difficulté logique entraînait un lien de causalité avec toute sa difficulté. C'est ce
2 qui fait la Chambre préliminaire a refusé, en fait, la causalité, sur cette forme-là de
3 l'article 28, mais la Chambre de première instance a demandé la preuve de ce lien de
4 causalité, à la fois pour le fait de ne pas avoir empêché et de ne pas avoir puni, ce qui
5 nous semble tout à fait normal puisque, sinon, comme l'avaient expliqué les juges
6 Steiner et Ozaki ça n'aurait pas été cohérent avec le chapeau.

7 Alors, la Chambre a dépassé cette difficulté en demandant des éléments de preuve
8 sur la... le devoir général d'un commandant à exercer un contrôle adéquat. Le juge
9 Ozaki a, d'ailleurs, fait remarquer qu'il devait y avoir un système efficace et effectif
10 de surveillance, de discipline, et que cela devait se faire avant que les forces ne
11 commettent les crimes ou quand elles étaient sur le point de commettre —
12 paragraphe 17 de son avis divergent. Le juge Steiner, s'inspirant de l'article 87-2 du
13 Protocole supplémentaire et les commentaires de l'ICRC, qui définit en fait ce
14 concept de devoir général, s'assurer que les subornés comprennent leurs obligations
15 en droit humanitaire, maintiennent l'ordre et rendent compte, donc pour le juge
16 Steiner, le devoir général, allait au-delà du périmètre temporel et substantif du
17 devoir du commandant qui est simplement d'empêcher et de punir.

18 Alors, la Chambre de première instance qui a constaté, donc, que M. Bemba
19 n'exerçait pas un contrôle adéquat sur les formes (*phon.*) MLC, s'est fondée sur... à
20 l'encontre, d'ailleurs, des arguments présentés par la Défense, qui se fondait, encore
21 une fois, sur les mêmes faits pour dire « n'a pas empêché », « n'a pas puni », ici, ils
22 n'ont pas pu trouver, donc, les mesures raisonnables et nécessaires pour empêcher et
23 punir, mais aussi, la Chambre a déclaré que celui-ci n'avait pas assumé son devoir
24 général, à savoir celui de s'assurer que ses subordonnés non seulement respectaient
25 leurs obligations internationales en matière de droit humanitaire et recevaient un
26 salaire et des rations nécessaires. Et c'est là qu'il n'a pas bien exercé son contrôle, et
27 c'est là-dessus, en fait, surtout, que nous ne sommes pas d'accord, comme vous avez
28 pu voir, d'ailleurs, dans notre réponse.

1 Et un des problèmes que nous rencontrons, c'est la portée, le contenu de cette notion
2 de... de devoir général. Les choses ne sont pas claires. C'est vrai que, dans certains
3 cas, on a des explications pour un contrôle adéquat. Nous, ce qu'on se demande,
4 c'est, finalement, pourquoi ne pas reprendre ce que l'on a dans l'affaire *Halilović* au
5 TPIY, qui s'est déjà penchée sur cette question et qui a déjà discuté de la notion de
6 devoir général en refusant qu'il s'avère nécessaire d'ajouter ou d'apporter des
7 éléments de preuve probants sur cette responsabilité du supérieur — et c'est dans la
8 note D.19.

9 Dès lors, la doctrine de responsabilité du commandement peut être appliquée de
10 manière universelle et objective. Mais alors, comment un commandant va assumer et
11 mettre en pratique cette responsabilité de commandement ? Ça, ça dépend de
12 plusieurs facteurs. Ça dépend, par exemple, d'un pays à l'autre, d'une armée à
13 l'autre et, forcément aussi, pour des commandants qui sont dans des forces
14 irrégulières. Aussi, est-il difficile, quand on sort d'un contexte policier, d'appliquer
15 ce même concept à des supérieurs civils.

16 Nous invitons la Chambre à suivre l'esprit du jugement en appel dans l'affaire
17 *Halilović* et de se limiter aux éléments qui découlent de la responsabilité du
18 supérieur et des besoins spécifiques du commandant à empêcher et punir, et non pas
19 de demander des éléments de preuve supplémentaires pour prouver qu'il n'a pas
20 respecté son devoir général et qu'il n'a pas exercé un contrôle réel avec le lien de
21 causalité de l'article 28.

22 J'aborde maintenant une quatrième question pour moi, mais la troisième pour vous.
23 Vous nous dites que s'il y a causalité en vertu de l'article 28, c'est à quel niveau ?
24 Faut-il un « *but for test* », une probabilité élevée, une prévisibilité raisonnable, ou
25 autre chose ?

26 Pour nous, l'article 28 n'inclut pas de lien de causalité. Donc, on est un peu coincés,
27 nous, ici, pour répondre à cette question. Ceci étant, si votre Auguste Chambre
28 devait décider que l'article 28 demande ce lien de causalité entre l'omission du

1 commandant à exercer un contrôle adéquat sur ses forces et les crimes de ses
2 subordonnés, à ce moment-là, on ne peut pas se situer à un niveau supérieur, à
3 l'omission du commandant d'un risque accru dans la commission de ces crimes
4 commis par les subordonnés. C'est ce que l'on a retrouvé, d'ailleurs, dans la
5 Chambre préliminaire, dans la décision de confirmation, et suivie par l'Accusation
6 dans le procès.

7 En d'autres termes, un faible niveau, différent de celui que l'on retrouve à l'article
8 25, de façon (*phon*) à refléter la responsabilité du commandant en vertu de l'article
9 28, pour ne pas avoir assumé ses devoirs comme commandant en termes de droit
10 humanitaire, et ce n'est pas pour avoir participé à un crime. En fait, même à ce faible
11 niveau, finalement, on n'ajoute pas grand-chose à la culpabilité d'un supérieur pour
12 violation de son devoir de supérieur, qu'il n'a pas pu entraver l'application effective,
13 cohérente et juste du droit. Et ce, dans les différentes catégories d'individus auxquels
14 cela s'appliquerait à l'avenir, que ce soient des militaires, des paramilitaires, des
15 civils supérieurs, et cetera ; et pour tout type d'organisation, que ce soit des groupes
16 organisés, mais à niveau étatique, ou même des forces militaires professionnelles
17 étatiques.

18 Et c'est pour toutes ces raisons que nous ne pouvons pas être d'accord avec les
19 autres niveaux de causalité, que ce soit « *but for* », probabilité élevée, prévisibilité
20 raisonnable. Nous savons qu'il y a, bien sûr, la cause substantielle et décisive ou a
21 contribué significativement, et cetera. Pour nous, tout ça, c'est la... il y a, à chaque
22 fois, un problème qui est identique même s'il est à plusieurs niveaux.

23 C'est sur les faits de cette affaire-ci, en fait, que la Chambre de première instance a
24 conclu qu'il était lié... M. Bemba était lié au crime commis par ses subordonnés avec
25 un niveau assez élevé, avec une variante de ce test « *but for* » en lien de causalité.
26 Parce que s'il avait pris les mesures identifiées, les crimes auraient été soit évités, soit
27 n'auraient pas été commis dans les circonstances dans lesquelles ceux-ci furent
28 commis. C'est la décision de la Chambre de première instance 213.

1 Mais ce qui est intéressant, c'est de voir que, que ce soit la Chambre préliminaire ou
2 de première instance, aucune des deux n'a trouvé une solution à la quadrature du
3 cercle, je dirais, de la causalité. En effet, ils n'ont pas pu se mettre sur un niveau
4 minimum de lien de causalité, puisque nous avons une causalité supérieure que celle
5 qui est requise par le droit, et les juges Steiner et Ozaki étaient d'accord qu'il fallait
6 fixer le lien de causalité pour l'omission en général, comme, d'ailleurs, la Cour... la
7 Chambre préliminaire aussi avait abondé dans ce sens et était arrivée à dégager un
8 consensus... n'était pas arrivée à un consensus ou à peine simplement pour dire qu'il
9 n'y avait pas de lien de causalité direct et qu'il fallait établir que l'omission commise
10 par le supérieur et que les crimes commis par les subordonnés étaient intimement
11 liés. Donc il y a là une omission à éviter et non pas une omission à punir.

12 Et donc, il y a, pour le juge Steiner, une forte probabilité, pour le juge Ozaki, une
13 forte prévisibilité... (*correction de l'interprète*) une prévisibilité raisonnable, donc, on a
14 là, par rapport au test « *but for* » toutes sortes de nuances, mais pour nous, ce n'est
15 pas pertinent dans ce cas-ci, parce qu'on parle de l'état mental d'un supérieur qui se
16 retrouve accusé. Il me semble que c'est un *actus rea*, c'est plutôt à ce niveau-là qu'il
17 faut le voir et ce n'est pas simplement un test objectif qu'il nous faut.

18 Alors, ce qui est difficile, bien sûr, c'est de voir comment ce test sur la prévisibilité
19 pourrait être appliqué de manière cohérente, juste et équitable pour tous les groupes
20 qui seraient frappés par l'article 28, que ce soient des militaires, paramilitaires ou des
21 supérieurs civils.

22 Alors, pour me résumer sur ce point, Madame la Présidente, peut-être que, ici, les
23 choses étaient claires. On aurait peut-être pu trouver un lien de cause à effet, mais si
24 on devait en déduire que toutes les affaires découlant de l'article 28, à l'avenir,
25 seront semblables à « celui »-ci et demander que tout cela soit repris à l'avenir, pour
26 nous, ce ne serait pas sage.

27 Alors, on a voulu apporter un réponse à votre question, certes, mais nous restons
28 convaincus qu'exiger un niveau de causalité renverserait l'objet et le but de cet

1 article 28, parce que, finalement, on ne se concentrerait pas ou plus sur la violation
2 du supérieur de son devoir à éviter, empêcher et punir, ce ne serait pas cohérent
3 avec le droit pénal international coutumier et le droit humanitaire international.

4 Et je prends la dernière question.

5 Est-ce que le commandant a le devoir juridique de retirer ses troupes lorsqu'il est
6 informé qu'il est en train de... qu'ils sont, plutôt, en train de commettre des crimes ?

7 Un commandant peut, sur base des faits d'une affaire, avoir à retirer une partie ou
8 toutes ses troupes lorsqu'il est informé que celles-ci commettent des crimes. Et alors,
9 là, je suis d'accord avec le professeur Newton. Ce n'est pas un devoir juridique
10 absolu qui s'impose à tout commandant, quelles que soient les circonstances. Un tel
11 devoir ne peut se présenter, s'imposer, je dirais, que dans certaines circonstances
12 particulières, quand le retrait partiel et entier des troupes s'avère nécessaire et
13 raisonnable et les seuls moyens de satisfaire au devoir et obligation en vertu de
14 l'article 28.

15 Alors, c'est vrai que des mesures raisonnables et nécessaires, ce n'est pas du droit
16 positif, ça dépend du droit de la preuve.

17 Alors, il y a deux critères. Premier critère, le supérieur doit prendre toutes les
18 mesures nécessaires dans ces circonstances, donc ça doit être adéquat. Il faut que le
19 supérieur puisse également exercer son obligation à empêcher et punir. Et nous
20 avons repris tout cela par le détail dans notre note D.25. Deuxième critère, le
21 supérieur ne peut prendre que des mesures dites raisonnables, à savoir qui sont
22 matériellement possibles pour lui et dont il a la capacité. C'est notre note 26.

23 Donc, en pratique, si on a un retrait des troupes à grande échelle, ce n'est pas
24 toujours nécessaire ou raisonnable, il y a toutes sortes d'autres options qui doivent
25 d'abord être épuisées. Et, là, je suis assez d'accord avec le professeur Newton sur la
26 nature même de cette mesure ultime... notre manière, je pourrais vous dire. Vous
27 savez, il n'est pas toujours nécessaire d'avoir une massue pour casser une noix, mais
28 si vous utilisez une massue, vous êtes sûr de casser votre noix. Et donc, c'est vrai que

1 peut-être que le retrait en masse des troupes s'avère nécessaire, mais il y a aussi
2 toutes sortes d'autre mesures qui peuvent être utilisées : redéployer les subordonnés,
3 changer les plans, imposer des mesures disciplinaires, déclencher des enquêtes
4 pénales ou criminelles, et cetera, et cetera. Et ça, ce sont aussi des mesures
5 nécessaires et raisonnables. Et peut-être que ce sont... c'est le fait de ne pas avoir pris
6 ces mesures-là qui prouve la responsabilité. Et nous sommes dans ce cas de figure.

7 La Chambre de première instance a conclu, dans son analyse sur M. Bemba, qu'il
8 n'avait pas pris les mesures nécessaires et raisonnables. Certes, il aurait pu retirer ses
9 troupes et ne l'a pas fait, c'est ce qu'on a au paragraphe 730. Mais ce qui est
10 important et qu'il faut constater, c'est que, dans cette même observation, on retrouve
11 par le détail toutes les autres mesures qu'il n'a pas prises. C'est aux
12 paragraphes 729 et 730. Alors, c'est vrai que cette mesure-là fait partie de l'analyse
13 par la Chambre de toutes les mesures qu'il aurait pu prendre. Ce n'était malgré tout
14 pas la mesure qui était au cœur de sa condamnation. La Chambre a en effet constaté
15 que M. Bemba n'a tout simplement pas pris tout un éventail de mesures
16 disciplinaires et préventives qu'il aurait dû prendre et dont le retrait des troupes
17 était la mesure d'ultime ressort.

18 Et c'est sur cette base que la question sur les conséquences éventuelles de cet ordre
19 est un débat purement théorique, académique... En effet, c'est une question de
20 principe. Si le retrait complet des troupes s'avère nécessaire et raisonnable quand on
21 a le devoir d'empêcher ou de punir les crimes, cela ne peut pas être mesuré à l'aune
22 d'un avantage militaire ou pour éviter la défaite. Et d'ailleurs, nous avons déjà
23 abordé cela quand on a abordé « du » pillage. Et nous avons montré que le droit
24 international réfute systématiquement une défense fondée sur la pure nécessité
25 militaire, tout comme il n'admet pas que des actes criminels soient commis pour
26 servir une victoire militaire. Donc, l'art de la guerre ne permet pas tout et n'importe
27 quoi. Et dans le cadre de la responsabilité du supérieur hiérarchique, le TPIY (*phon.*)
28 ainsi que le TPIY ont tous les deux refusé l'idée selon laquelle il peut être excusé...

1 on peut excuser un supérieur de ne pas avoir pris les mesures nécessaires et
2 responsables, même dans les circonstances les plus difficiles. Et là, je vous renvoie
3 « à l'affaire » *Bagosora* et *Popović* en D. 27.

4 Voilà, c'est la fin des arguments que je voulais vous présenter pour ces questions de
5 groupe D.

6 M. LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [14:46:28] Merci
7 beaucoup, Madame Brady. Donc, vous avez parfaitement tenu votre délai.

8 Donc, Maître Douzima, c'est à vous.

9 M^e N'ZALA : [14:46:51] Merci pour la parole.

10 Madame le Président, je vais m'employer à répondre à la première question du
11 groupe D, et M^e Douzima se chargera du reste.

12 La question du groupe n° 1 est relative, donc, à la motivation qu'aurait le
13 commandant de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le cadre qui
14 se poserait à lui. Nous relevons qu'au terme de l'article 28-a-ii, eh bien, le chef ou
15 cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient
16 en son pouvoir pour en empêcher ou réprimer l'exécution ou pour en référer aux
17 autorités compétentes aux faits d'enquête et de poursuite. C'est le texte dont il est
18 question et pour lequel les... la notion de « mesures nécessaires et raisonnables » fait
19 débat.

20 Les mesures énoncées à l'article 28-a-ii peuvent être prises en compte à trois niveaux
21 distincts de la commission des crimes : avant, autrement dit, en tant que devoir
22 d'empêcher la commission des crimes ; pendant la commission des crimes, il y a le
23 devoir de réprimer la commission de ces crimes ; après la commission desdits
24 crimes, eh bien, nous avons le devoir d'en référer aux autorités compétentes aux faits
25 d'enquête et de poursuite.

26 Selon la jurisprudence du TPIY, le manquement à un seul devoir, donc, entraîne une
27 responsabilité de la part de l'autorité concernée. Cela a été donc dit dans
28 l'affaire *Delić* du 15 septembre 2008 au paragraphe 69.

1 S'agissant des trois niveaux de devoirs, le devoir d'empêcher, eh bien, nous référons
2 à la Chambre préliminaire qui a identifié ces mesures dans la décision de
3 confirmation des charges du 15 juin 2009. Eh bien, il est dit que bien que le Statut ne
4 définisse pas les mesures spécifiques associées au devoir d'empêcher les crimes, la
5 Chambre préliminaire avait fait siennes les positions des tribunaux ad hoc pour s'en
6 tenir à certaines mesures tendant à, d'abord, veiller à ce que les forces du supérieur
7 soient suffisamment formées au droit international humanitaire, s'assurer d'obtenir
8 des rapports indiquant que les opérations sont menées conformément au droit
9 international, mettre la conduite des opérations en conformité avec les règles de la
10 guerre, et enfin, prendre des mesures disciplinaires pour empêcher des troupes de
11 commettre des atrocités.

12 Eh bien, en ce qui concerne le devoir de réprimer, ce devoir se décline en deux axes.
13 D'abord, il faudrait faire cesser les crimes qui sont en train d'être commis,
14 c'est-à-dire éliminer tout risque de commission éventuelle d'autre faits similaires,
15 deuxièmement, punir les forces en question après que les crimes ont été commis.

16 Sur le troisième axe, le devoir d'en référer aux autorités compétentes aux fins
17 d'enquête, eh bien, s'agissant des mesures nécessaires et raisonnables, la
18 jurisprudence de la Cour opte pour une appréciation au cas par cas, dans la mesure
19 où l'appréciation de la Chambre ce qui pourrait être matériellement possible dépend
20 tant « sur » la base des pouvoirs détenus par le chef que de sa capacité, dans les faits,
21 de prendre de telles mesures.

22 Eh bien, la motivation du commandant à cet égard devait être au regard des
23 circonstances de fait, le mettant dans les positions d'éviter que le mal soit commis
24 sur le terrain des opérations par rapport aux populations civiles.

25 Dans le cas qui nous occupe, eh bien, M. Bemba, en sa qualité de chef supérieur et de
26 supérieur hiérarchique, était tenu de prendre toutes les mesures nécessaires et
27 raisonnables en son pouvoir pour prévenir ou réprimer les crimes commis par le
28 MLC ou renvoyer les questions... les situations difficiles aux autorités compétentes

1 pour enquêter et poursuivre, comme l'a constaté, donc, la Chambre au
2 paragraphe 133.

3 Nous notons ici que M. Bemba a certes pris quelques mesures, mais ces mesures-là
4 n'allaient pas dans le sens d'empêcher les crimes, mais pour, évidemment, dans son
5 intérêt personnel, sauver l'image du MLC et de lui-même. Nous en voulons pour
6 preuve le procès qui s'est tenu à Gbadolite, à la cour martiale, où il s'était agi de...
7 du jugement de soldats pour de simples peccadilles. Il était également, à l'occasion
8 de ce procès... de sanctionner des personnes, mais ceux qui étaient là, c'étaient que
9 des soldats subalternes. Et les conséquences de ce jugement rendu par la cour
10 martiale, au regard des victimes, étaient absolument négatives, puisque aucune
11 victime n'a été indemnisée.

12 Disons, pour notre part, que des mesures qui étaient prises à l'occasion de ce procès
13 n'étaient pas suffisantes et ne permettaient pas de répondre aux exigences de
14 l'article 28.

15 Eh bien, ces... ces... ces exigences-là étaient notamment notifiées à M. Bemba dans la
16 décision de confirmation des charges, et il en avait parfaitement connaissance avant
17 d'aller en procès.

18 C'est l'essentiel du propos que je voulais tenir à votre égard avant de passer la
19 parole à M^e Douzima.

20 Je vous remercie.

21 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT : [14:54:09] Merci, Maître.

22 Maître Douzima.

23 M^e DOUZIMA LAWSON : [14:54:13] Concernant le... le b relatif à l'information de
24 l'accusé sur les mesures qu'il devait prendre, nous répondons ceci : la Chambre est
25 saisie de l'affaire après la commission des faits, pas pendant leur commission. Et
26 donc, les Chambres ne peuvent donc pas se prononcer sur les mesures qui ont été
27 prises au moment des événements.

28 De notre avis, l'avis de la Chambre sur les mesures peut seulement être donné lors

1 de... de l'émission de sa décision sur la culpabilité au regard des preuves discutées
2 lors du procès. Et donc, c'est au cours du procès que la Chambre de première
3 instance pourra se rendre compte que les mesures prises n'ont pas été efficaces, n'ont
4 pas été à la hauteur des... des événements. Ce n'est pas avant ou pendant. Il ne
5 revient pas aux juges de dire à l'accusé, au cours du procès, ce qu'il devait faire, au
6 risque, pour la Chambre, que ce dernier — je veux parler de l'accusé — se plaigne
7 d'une présomption de culpabilité.

8 Concernant le lien de causalité, partant de la nature particulière de la responsabilité
9 hiérarchique, donc, de l'article 28 où un chef est poursuivi pour une omission, il n'est
10 pas nécessaire d'établir un lien de causalité directe entre l'inaction du supérieur et le
11 crime commis par ses subordonnés. Je me réfère ici à la décision de confirmation des
12 charges au paragraphe 425. D'ailleurs, ce n'est pas requis par l'article 28 du Statut.

13 Les juges de la Chambre préliminaire, à l'instar de ceux de la Chambre de première
14 instance, veulent que, pour ce mode particulier de responsabilité, il suffit de prouver
15 que son inaction — donc, de l'accusé — a augmenté le risque de commission des
16 crimes à l'origine des charges.

17 De plus, la Chambre préliminaire avait fait observer que l'article 28-a du Statut
18 n'explique pas le degré de causalité requis. Dès lors, elle avait suggéré que ce degré
19 pourrait être déterminé en appliquant un critère appliqué en *common law*, c'est-à-dire
20 que si... n'eut été le manquement par le supérieur à son devoir de prendre les
21 mesures raisonnables et nécessaires pour prévenir les crimes, eh bien, ces crimes
22 n'auraient pas été commis par ces forces qui sont sous son autorité.

23 Eh bien, la jurisprudence de la Cour considère que pour qu'un chef soit jugé
24 pénalement responsable au sens de l'article 28-a du Statut, il suffit de prouver que
25 son inaction a augmenté le risque de commission des crimes à l'origine des charges.

26 Concernant la question D sur l'évaluation du lien de causalité, à mon avis, il n'y a
27 pas d'autres éléments supplémentaires requis. Il faut juste que ces mesures
28 nécessaires soient celles qui sont approuvées... qui sont appropriées — pardon —

1 pour que le chef militaire s'acquitte de ses obligations et les mesures raisonnables,
2 c'est-à-dire celles qui sont raisonnables en son pouvoir.
3 Concernant la question E, « un commandant a-t-il l'obligation légale de retirer ses
4 troupes au cas où il rendait compte... il se rendait compte qu'elles commettaient des
5 crimes », eh bien, nous pensons que le commandant doit apprécier dans le cadre des
6 mesures à prendre. Nous disons que ce n'est pas une obligation légale, mais ce
7 commandant, en tant que supérieur hiérarchique, doit apprécier dans le... la mesure
8 à prendre. Et nous rappelons qu'il y a trois niveaux de... de mesures à prendre,
9 avant, pendant et après, comme mon confrère l'a dit. Et, en l'espèce, c'est une
10 mesure à prendre, de notre avis, pendant les opérations, laquelle peut contribuer à
11 limiter la commission des crimes ou même d'arrêter... ou de mettre fin à... à leur
12 commission.

13 M^{me} LA GREFFIÈRE : [15:00:08] Maître Douzima, il vous reste deux minutes.

14 M^e DOUZIMA LAWSON : [15:00:13] J'ai terminé.

15 Concernant... Je... je suis à la fin.

16 Et je dirais aussi... nous disons que concernant le moment où on doit appliquer cette
17 mesure de retrait, est-ce que ça concerne l'ensemble des troupes ou seulement les
18 troupes... les éléments qui ont commis les crimes ?

19 Nous disons, en principe, oui, mais encore faut-il identifier les fautifs. Mais le
20 commandant, je le répète, doit apprécier selon les circonstances pour voir s'il faut
21 seulement retirer les éléments qui ont commis des crimes ou l'ensemble des troupes
22 sur le terrain. Donc, c'est à examiner au cas par cas. Tout dépend des circonstances.

23 Je vous remercie.

24 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT : [15:01:13] Merci, Maître
25 Douzima.

26 (*Interprétation*) Madame Brady.

27 M^{me} BRADY (*interprétation*) : [15:01:20] Pas de réponse de la part de l'Accusation,
28 Madame le Président.

1 M. LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [15:01:25] Merci.
2 Le professeur Newton, maintenant.
3 M. NEWTON (interprétation) : [15:01:30] Eh bien, je n'en aurai que pour quelques
4 minutes et, ensuite, je passerai la parole à mes collègues.
5 Tout d'abord, j'aimerais répondre à l'assertion faite à la fin de l'intervention de
6 l'Accusation selon laquelle il n'y a pas grand-chose ici à voir avec la nécessité
7 militaire. Nous n'avons pas parlé de nécessité militaire, nous n'avons pas plaidé cela.
8 Donc, c'est un concept qui n'a rien à voir avec ce qui nous intéresse ici.
9 L'Accusation a fait valoir que, en demandant un... l'exigence de causalité, cela
10 modifierait l'article 28 pour en faire une mode de participation. Mais le commandant
11 est bien au-delà, il est participant au conflit, à un... participant. Et il est spécial.
12 Certes qu'il y a différentes obligations et qu'il y a des obligations très irremplaçables
13 à respecter, mais c'est cela qui est dans l'article 28, à mon avis. Et c'est pour... Il faut
14 qu'il y ait une... un lien de causalité démontré par les éléments de preuve et... et
15 trouvé juridiquement par les juges afin de lier les crimes commis sur le terrain au
16 commandant.
17 Et j'ai deux points ici à soulever très rapidement.
18 Premièrement, l'Accusation considère qu'il convient de réécrire et de trouver une
19 nouvelle interprétation du mot « adéquat » — « *appropriate* », en anglais — en
20 utilisant la jurisprudence que l'on trouve dans différents textes.
21 Mais, moi, je vous demanderais de penser à la chose suivante : le commandant est
22 tenu de faire tout ce qui est en... tout ce qu'il peut faire, tout ce qui est dans sa
23 possibilité ; ça, c'est simple. Mais, maintenant, quelles sont les réserves, par exemple,
24 des alliés, de l'OTAN, bon, par rapport à ce libellé ? Et les États-nations dans le
25 monde entier sont très réservés par rapport à ce qui est faisable dans un... le cadre
26 d'une opération.
27 Et donc, un commandant doit prendre des actions qui sont possibles, pratiquement,
28 en prenant en compte les circonstances de l'espèce, y compris — et c'est ça qui est

1 important... y compris les... les considérations humanitaires et les considérations
2 militaires. Mais un militaire, procureur tout simplement, un procureur... Le
3 Procureur voudrait qu'on laisse tomber tout ce qui est militaire, mais non. Quand
4 même, il y a le fait... Et disons que, après épuisement de toutes les autres options, il
5 faut se retirer. Mais, là, le commandant a un choix « hobbesien » devant lui, parce
6 que quelles sont les mesures qu'il peut prendre par rapport à ce qu'il sait ? Eh bien,
7 parfois, ce n'est pas toujours assez. Et c'est exactement ce qu'a fait M. Bemba en se
8 basant sur ce qu'il savait.

9 Et dans un endroit non spécifié, dans un moment non spécifié aussi, le commandant,
10 tout d'un coup, pourrait se retirer ? Mais non, c'est un cercle... On est coincés. Soit je
11 retire mes troupes, ou alors, en... rétroactivement, on m'a... ma responsabilité
12 pénale est engagée, parce que je n'ai pas retiré mes troupes à temps. Non, on est
13 coincés entre le marteau et l'enclume, là. Et cela enfreindrait totalement la pratique
14 des États, parce qu'on ne pourrait plus prendre en compte les considérations
15 militaires dans l'action que doit prendre le commandant.

16 Maintenant, pour ce qui est de la responsabilité... de la responsabilité stricte au titre
17 de l'article 28, on ne dit pas que le commandant est responsable uniquement parce
18 qu'il est commandant. C'est pour cette raison, d'ailleurs, que l'on parle autant des
19 obligations du commandant, qui sont de faire l'équilibre d'un côté, du côté
20 humanitaire du conflit, avec la mission militaire à accomplir d'un autre côté, parce
21 que le commandant, s'il est au centre de tout cela, c'est lui qui peut prendre les
22 décisions.

23 Donc, pour ce qui est du lien de causalité nécessaire, si on ne... ne parle plus de ce
24 lien de causalité, si on le laisse tomber, eh bien, on ne peut plus... on ne peut... on ne
25 suivra... on ne peut plus... on ne respecte plus, en fait, l'esprit de l'article 28.

26 Et maintenant, je passe la parole à ma collègue.

27 M^{me} GIBSON (interprétation) : [15:05:58] Alors, pour ce qui est donc de la motivation
28 du commandant, nous n'avons pas dit qu'il ne convenait que de prendre en compte

1 la motivation de M. Bemba lorsqu'il a manqué à prendre les mesures, non.
2 Nous sommes d'accord avec l'Accusation. En effet, au paragraphe 727 du jugement,
3 il est vrai que la Chambre de première instance a pris en compte sa motivation avec
4 d'autres facteurs, mais ça représente encore un problème pour nous, parce que,
5 d'après nous — ça se réfère d'ailleurs à la jurisprudence —, et je ne trouve pas que
6 l'Accusation aurait dû se baser sur l'affaire *Strugar*. Parce que, dans l'affaire *Strugar*,
7 la Chambre de première instance, dans son raisonnement, a bien fait référence au fait
8 que l'accusé ne voulait pas que le pilonnage de la vieille ville soit enquêté
9 correctement. Mais quand on lisait le jugement, en revanche, il n'a pas utilisé cette
10 motivation pour saper les mesures que le général Strugar a « pris » par la suite. Et
11 c'est là la différence, en fait, entre nos deux affaires. La Chambre a considéré que le
12 général Strugar était responsable, parce qu'il n'a rien fait pour punir les crimes.
13 Et regardez les conclusions au paragraphe 446 du jugement. Eh bien, il s'est rendu
14 compte que le général était responsable parce qu'il n'a pas pris de mesures, et non
15 pas parce que les mesures qu'il ait « pris » est parce qu'il ne voulait pas que le MLC
16 soit mal vu par la communauté internationale et pour redorer le blason du MLC,
17 absolument pas.
18 Donc, ici, même dans une affaire où la Chambre de première instance avait identifié
19 qu'un accusé avait une motivation de ne pas vouloir prendre des mesures, eh bien,
20 ils n'ont pas pris en compte le fait que les mesures qui « n'est pas pris » ait sapé la
21 situation. La situation est complètement différente. La Chambre de première
22 instance a bien évalué les motivations de M. Bemba et a, d'ailleurs, utilisé cela pour
23 annuler, en fait, les mesures qu'il avait prises.
24 Alors, maintenant, pour ce qui est de l'avertissement et de la notification,
25 l'Accusation considère qu'il n'y a pas besoin de dire quelles sont... quelles mesures
26 auraient pu être prises et de mettre ça dans l'acte d'accusation.
27 Mais regardez les actes d'accusation de... du TPIY, ils l'ont fait, au TPIY. Et
28 l'Accusation a inclus cela dans ses... dans ses actes d'accusation, parce qu'ils ont

1 considéré que c'était essentiel pour bien préparer la défense dans l'affaire *Boskoski*,
2 par exemple. Dans l'acte d'accusation *Bokoski*, on voit exactement quelles sont les
3 enquêtes que Bokoski aurait dû faire, sur qui et à partir de quand. Dans *Mladic*,
4 même chose. Dans *Hadžihasanovic*, toujours, il est toujours écrit noir sur blanc quelles
5 sont les mesures que le commandant aurait dû prendre et n'a pas « pris ».
6 Alors, étudions un peu la jurisprudence utilisée par l'Accusation. Eh bien, les libellés
7 sont quand même essentiels, parce que cela a à voir avec... Là, on va parler un peu
8 du... de l'arrêt dans l'affaire sur les médias. Donc... Il est écrit, donc : « Dans la
9 plupart des cas, il suffira de plaider le fait que l'accusé n'a pas pris de mesures. »
10 Mais il faut se rappeler du contexte, là, parce que ça, c'est des affaires rwandaises
11 dont on parle, et au Rwanda, les choses sont différentes. On n'avait pas de
12 commandants qui prenaient des mesures et d'autres qui ne prenaient pas de
13 commandants... qui ne prenaient pas de mesures qui n'auraient pas été adéquates.
14 Non, on avait tout simplement des commandants qui ne faisaient absolument rien
15 pour punir les crimes ou pour les sanctionner, mélangés avec les auteurs, d'ailleurs.
16 Ils étaient... Ils avaient les mains pleines de sang eux-mêmes, d'ailleurs.
17 Donc, bien sûr, il faut bien moins de détails dans l'acte d'accusation dans ce cas-là,
18 parce que, dans l'acte d'accusation, il est écrit : « L'accusé n'a pas pris de mesures. »
19 Les éléments de preuve de l'Accusation étaient que l'accusé n'avait pas pris de
20 mesures. Et dans le jugement, il est bien écrit que le... l'accusé n'a pris aucune
21 mesure.
22 Mais, donc, le contexte est complètement différent puisque, là, on parle du Rwanda.
23 Et je pense que cette jurisprudence n'aide en rien à établir ce que... la conduite que
24 doit prendre la Chambre d'appel en l'espèce. Parce que... Alors, l'Accusation...
25 Regardez ce qui s'est passé dans l'affaire *Gbagbo*, dans l'affaire *Ntaganda*. Partout, les
26 mesures ont été écrites noir sur blanc : M. Gbagbo aurait dû faire ceci et ne l'a pas
27 fait. M. Ntaganda aurait dû faire ceci et ne l'a pas fait. Mais, ici, il n'y a rien dans
28 notre acte d'accusation. Alors, ce n'est pas la faute de l'Accusation si la Chambre de

1 première instance a condamné le... l'accusé en se basant sur le fait qu'il avait pris...
2 sur la base de mesures sur lesquelles... pour lesquelles il n'avait pas été averti, pas
3 du tout.
4 C'était quand même assez étrange pour l'Accusation, à mon avis, qu'à un moment...
5 quand, tout à coup, on s'est rendu compte qu'on allait engager la responsabilité
6 pénale de M. Bemba pour n'avoir pas déplacé ses troupes de droite à gauche. C'est
7 venu de nulle part. Ce n'est pas dans l'acte d'accusation. Ce n'était pas dans le DCC,
8 ce n'était pas dans le réquisitoire. C'est venu tout seul, en fait. En fait, c'est parce que
9 l'Accusation a essayé de rapiécer des différents paragraphes dans différents
10 documents pour obtenir quelque chose dont on aurait dû être avertis dès le départ,
11 au début, dans l'acte d'accusation, en 2008.
12 Alors, il faut bien se rappeler que, ici, dans cette affaire, l'IDAC faisait 650 pages, et
13 là, c'est un document de résumé, en plus.
14 Alors, j'essaie de vous... Donc, on ne peut absolument pas dire que M. Bemba avait
15 été averti des charges qui allaient peser sur lui à ce niveau-là.
16 Alors, maintenant, parlons du lien de causalité, parce que, là, notre position est
17 complètement différente, bien sûr, de la position de l'Accusation.
18 Alors, savoir qu'il y a... La Chambre de première instance... La Chambre d'appel
19 nous demande de prendre comme hypothèse de départ qu'il existe bien un lien de
20 causalité. Alors, je ne vais certainement pas... je veux bien prendre ça comme
21 prémisse, mais dans... M^{me} Brady semble dire que la Chambre de première instance
22 a bel et bien fait une constatation sur le lien de causalité — paragraphe 213 du
23 jugement. Or, quand on se penche sur ce paragraphe, on veut dire que c'est un
24 paragraphe où nous disons, nous, que la Chambre de première instance a refusé de
25 définir le lien de causalité au... au titre de l'article 28. Mais nous considérons que si
26 on mettait le seuil à tel niveau, la barre serait trop haut, mais au vu des
27 considérations factuelles et des constatations factuelles, la Chambre ne considère pas
28 qu'il est nécessaire de poursuivre cet argument.

1 Mais... Donc, on voit bien que la Chambre n'a pas défini le lien, parce qu'on a
2 trois opinions différentes. Le juge... la juge Steiner considère que c'est un test de
3 probabilité, je crois, l'autre dit que c'est un test de possibilité, mais personne n'est
4 d'accord, en fait, entre les trois juges de la Chambre. Donc, il ne...

5 Donc, nous en avons terminé avec nos arguments.

6 M. LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [15:13:44] Merci,
7 Madame Gibson.

8 Nous allons nous retirer pendant une demi-heure, et nous reprendrons, ensuite, avec
9 les questions des juges.

10 Et s'il n'y a pas de question, eh bien, nous aborderons le dernier sujet.

11 M^{me} L'HUISSIER : [15:13:59] Veuillez vous lever.

12 (*L'audience est suspendue à 15 h 13*)

13 (*L'audience est reprise en public à 15 h 49*)

14 M^{me} L'HUISSIER : [15:49:59] Veuillez vous lever.

15 Veuillez vous asseoir.

16 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [15:50:35] Je
17 vais commencer par une question à l'endroit de M^{me} Brady, cela concerne l'article 28,
18 qui est un mode de responsabilité, si je vous ai bien comprise, mais il n'y a pas de
19 causalité requise. Voici ma question : comment arrivez-vous à combiner cela, de...
20 *nullum crimen sine culpa* ? Comment pouvez-vous établir un lien entre le
21 commandant et le crime ? Parce que vous parlez de mode de responsabilité, est-ce
22 que l'on ne pourrait pas plutôt considérer qu'il s'agit d'un crime d'abandon de ses
23 devoirs en... lié à des crimes commis par des subordonnés ?

24 M^{me} BRADY (interprétation) : [15:51:36] Merci, pour cette question, Madame le
25 Président. Notre position, c'est que l'article 28 est un mode de responsabilité, mais
26 qu'il est *sui generis*, et c'est la meilleure façon de formuler les choses. Il ne s'agit pas
27 ici d'un abandon de ses devoirs. Un commandant est responsable des crimes de ses
28 subordonnés, ça, c'est clair. La question, c'est : comment est-ce que ça se rattache

1 avec le principe de culpabilité ? Eh bien, que faut-il pour qu'il y ait un principe de
2 culpabilité ? Il faut un lien personnel avec un crime. Il n'est pas équitable que...
3 considérer que quelqu'un est responsable s'il n'y a pas un lien personnel. Mais un
4 lien personnel, selon nous, ce n'est pas simplement la causalité au sens strict. Vous
5 pouvez avoir un lien personnel, selon nous, d'autres façons. Et, selon nous, les autres
6 éléments de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans l'article 28... eh bien, on
7 explique pourquoi vous devriez être responsable. Vous êtes le commandant de ce
8 qui pourrait être une force létale, vous avez eu la possibilité de prévenir ou réprimer,
9 vous saviez ou vous auriez dû savoir que les crimes étaient commis par vos
10 subordonnés et vous avez omis de répondre à vos devoirs de prévenir et réprimer.
11 C'est suffisant, selon nous, pour répondre au principe de culpabilité dans une
12 doctrine de droit pénal. J'essaye de penser à un exemple, j'ai réfléchi moi-même à la
13 question avant l'audience et j'ai essayé de trouver un exemple au niveau national, au
14 niveau... plus terre-à-terre : un parent a le devoir de s'occuper d'un enfant, un bébé ;
15 si le parent laisse le bébé dans une pièce, il ne place pas le bébé dans la pièce, mais il
16 laisse le bébé dans la pièce, il quitte la maison, la porte ouverte, le bébé pourrait
17 mourir. De quoi est-il mort ? Il pourrait mourir de soif, il est mort parce qu'il n'a pas
18 pu boire. Mais en tout cas, en *common law*, ce parent sera considéré comme étant
19 pénalement responsable. Pourquoi ? Parce que le parent a un devoir envers l'enfant.
20 Un autre exemple pourrait être mettre quelqu'un en danger. Il y a un... un devoir
21 d'aider les autres en *common law*. Ça n'est pas obligatoire, mais si vous voyez
22 quelqu'un au bord de la route qui porte des écouteurs, et qui ne... qui ne voit pas, et
23 vous voyez un camion qui arrive, vous savez, en fonction du *common law*, vous
24 n'avez pas le devoir d'intervenir, mais si je vois cette personne-là, j'ai quand même
25 un devoir de le faire.
26 Donc, ce qui tue la personne, c'est le camion. Mais moi, je n'ai rien fait. C'est moi
27 qui... J'ai pu aider la personne à aller sur la route sans penser qu'un camion pourrait
28 arriver. Donc, il y a une culpabilité morale. Il y a aussi une culpabilité pénale. Donc,

1 je pense que les autres éléments répondent à ce principe.

2 J'espère que j'ai bien répondu à votre question.

3 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [15:55:20] Je
4 vois que le professeur Ambos souhaite vivement réagir. Alors, ne vous lancez pas
5 dans une comparaison du droit pénal, s'il vous plaît, car ici le droit civil et le droit...
6 *le common law* sont très différents. Soyons brefs.

7 M^e AMBOS (interprétation) : [15:55:42] Les exemples donnés par M^e Brady
8 démontrent que... on ne peut pas démontrer si la causalité... Dans le cas d'un parent
9 qui abandonne son bébé, qui ne le nourrit pas, ce n'est pas simplement un devoir. Le
10 devoir, c'est une équivalence entre un acte et une omission. Et ça, ça concerne tout le
11 monde, ça se retrouve dans le droit civil, dans le *common law*, mais il faut une
12 causalité « *but for* ». Je suis le seul responsable pour toutes les juridictions. Et le
13 Bureau du Procureur est responsable... Sous toutes les juridictions, on serait
14 responsable si on ne nourrit pas son bébé. Mais la question que vous posez, Madame
15 Van den Wyngaert, est une question importante, parce que, en dehors de la
16 formulation de l'article 28, si on consulte la littérature — et ma collègue a cité notre
17 réponse dans le paragraphe 11... 41 — il y a quelques sujets, peut-être un sujet où le
18 monde académique n'est pas d'accord sur la causalité, cinq mots, dans toute cette
19 littérature en russe, espagnol, français, un désaccord sur l'interprétation. Mais ici, il y
20 a une question de culpabilité. Nous disons que la causalité, en droit pénal, c'est la
21 base de tout. Je ne peux pas être responsable, disait Michael Moore, en *common law*.
22 Et on le dit également en droit civil, il n'y a pas de responsabilité sans cause. Il faut
23 que je contribue au résultat, autrement c'est illogique.

24 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT : [15:57:39] *Thank you.*

25 *Judge Eboe-Osuji.*

26 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [15:57:41] Oui, pour emboîter le pas à ce
27 qui vient d'être dit, Madame Brady, une chose que l'on retrouve non seulement dans
28 vos arguments écrits, mais également dans vos arguments oraux, ce matin, et ce qu'a

1 dit M. Cross au sujet de l'article 28, c'est qu'il n'y a pas de causalité, que c'est un
2 crime *sui generis*.

3 Est-ce qu'on pourrait reprendre, peut-être, l'article 28 ? Examinons cet article 28.
4 L'article 5... l'article 28. On y est ?

5 Il commence par : « Outre les autres motifs de responsabilité pénale au regard du
6 présent Statut, pour des crimes relevant de la compétence de la Cour... » Cette
7 phrase-là : « crimes relevant de la compétence de la Cour », on garde ça à l'esprit et
8 on prend l'article 5, on prend l'article 5 qui répète de façon tout à fait spécifique que
9 cette phrase-là, c'est le titre de cet article 5 : « Crimes... » — je cite — «... relevant de
10 la compétence de la Cour. » Fin de citation.

11 Le crime de génocide, crime contre l'humanité, le crime de guerre, crime d'agression,
12 et vous nous dites que l'article 28 est un article *sui generis*... pour des crimes *sui*
13 *generis*. Alors, comment est-ce que l'on va pouvoir qualifier ce crime *sui generis* et
14 comment est-ce qu'on le place dans le contexte de l'article 5, « Crimes relevant de la
15 compétence de la Cour » ? Et puis, là, on peut passer à l'article 22-2 — 22-2 : « La
16 définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par
17 analogie. »

18 Comment est-ce qu'on arrive à concilier tout ça ? Où intervient votre crime *sui*
19 *generis* dans tout cela ?

20 M^{me} BRADY (interprétation) : [16:00:31] Monsieur, je pense que vous avez touché là
21 un nerf dans votre question quand vous dites qu'au début de l'article 28, on dit :
22 « Outre les autres motifs de responsabilité pour les crimes relevant de la compétence
23 de la Cour... » — « Outre ». On peut se demander pourquoi il faut cet article 28, s'il
24 faut un lien de causalité et si ça devient une forme accessoire... connexe de
25 participation. L'article 25-3-c qui concerne l'aide et le concours et l'assistance
26 réglerait la question puisqu'on s'attaquerait là à une situation où un commandant est
27 considéré comme ayant participé aux crimes des subordonnés et il faudrait un lien
28 de causalité. Et ça, c'est le problème que l'on voit avec la causalité. Nous considérons

1 que la Chambre de première instance, s'il faut un lien causal, a mal perçu
2 l'article 28 comme étant participatif ou comme mode de responsabilité, soit
3 participatif, soit connexe. *Sui generis...* je ne vois pas très bien comment formuler les
4 choses autrement. C'est son propre mode. C'est un mode qui a été appliqué sans que
5 quiconque considère que cela empiétait sur le principe de culpabilité personnelle.

6 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:02:08] C'est peut-être *sui generis* par
7 rapport à l'article 25 parce que l'article 28 instaure un devoir que n'instaure pas
8 l'article 25.

9 M^{me} BRADY (interprétation) : [16:02:24] C'est excellemment formulé, Monsieur. Ça
10 permet de rétablir l'équilibre entre les articles 25 et 28 et, s'il vous faut un lien causal,
11 alors, l'article 28 devient, en fait, assez redondant.

12 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [16:02:45] Est-ce
13 que c'est le cas ? Parce que le mode de responsabilité et le *mens rea* est différent par
14 rapport à l'article 25-3-a.

15 M^{me} BRADY (interprétation) : [16:02:56] Oui, mais il y a d'autres modes dans
16 le 25-3 qui ont un seuil inférieur au 25-3-a. Lorsque les rédacteurs ont inséré cette
17 disposition dans le Statut de Rome, ils souhaitaient vivement pénaliser un mode de
18 responsabilité qui était différent de ce que l'on pourrait appeler « la participation
19 directe à un crime ».

20 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [16:03:23] Je me
21 corrige, je parlais du c, il s'agissait là de l'aide et de l'assistance. C'est différent. Le
22 *mens rea* est tout à fait différent.

23 M^{me} BRADY (interprétation) : [16:03:39] Mesdames, Messieurs, il faudrait que je
24 puisse réfléchir à la question avant de vous donner une réponse définitive. Mais,
25 dans nos arguments, la réponse générale, ce serait qu'une fois qu'il faut un lien
26 causal cela devient une... une forme de participation accessoire, et ça n'est pas le cas.

27 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:04:02] Et pourquoi est-ce que ça ne
28 marche pas ?

1 M^{me} BRADY (interprétation) : [16:04:06] Parce que ce n'est pas nécessaire. Le but de
2 la responsabilité du commandant, c'est de faire en sorte qu'un supérieur qui est
3 responsable d'une force potentiellement létale qui a... qui est autorisée à tuer dans
4 certaines situations, exerce un véritable contrôle sur ses troupes. C'est ce que l'on
5 retrouve dans les deux devoirs, qui est ne pas prévenir et ne pas réprimer. C'est ça
6 qui vient en appui de la responsabilité. Si une personne à tous ces pouvoirs matériels
7 sur ses subordonnés et ceux-ci commettent des crimes, étant donné que le supérieur
8 a un devoir de prévenir et réprimer, ça devrait suffire à la responsabilité pénale.
9 C'est juste un *anima (phon.)* tout à fait différent. On ne peut pas l'appeler une
10 responsabilité accessoire. Pourquoi mettre ça dans cette case-là ? Pourquoi faire
11 fusionner les deux choses ? Elles peuvent être tout à fait séparées dans le Statut,
12 comme vous l'avez très justement fait remarquer.

13 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:05:18] Toujours sur le même sujet,
14 vous avez affirmé que la causalité n'est pas une exigence conformément à la
15 jurisprudence du TPIY. Vous avez cité cela en tant que source. Se pourrait-il que la
16 raison pour laquelle le TPIY aurait raison dans son domaine, ce serait le résultat du
17 texte du Statut de ce tribunal ? Monsieur Cross nous a dit ce matin qu'il fallait s'en
18 tenir... — c'était son argument — s'en tenir au Statut de Rome, quoi que disent les
19 autres tribunaux.

20 Alors, revenons à l'article 28. Il n'est peut-être pas nécessaire de revenir sur
21 l'article 28, puisqu'on sait très bien que l'article 28 est le résultat de... c'est le pont jeté
22 entre le commandant et le subordonné ; vous êtes d'accord ?

23 M^{me} BRADY (interprétation) : [16:06:32] Je ne suis pas certaine d'être tout à fait
24 d'accord, Monsieur, car en conséquence, le... les crimes pourraient... cela pourrait
25 modifier soit la responsabilité pénale ou les crimes. Selon nous, une lecture de
26 l'article 28 présente deux aspects. Tout d'abord, les crimes des subordonnés sont le
27 résultat d'une omission par le supérieur d'exercer un contrôle.

28 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:07:06] (*Intervention non interprétée*).

1 L'INTERPRÈTE ANGLAIS-FRANÇAIS : [16:07:07] Le juge Osuji n'a pas de micro,
2 l'interprète ne l'entend pas.

3 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:07:14] *Sorry*.

4 Dans le texte du Statut de Rome, article 28, et je cite : « À la suite de... » fin de
5 citation.

6 Alors, passons à l'article 7 du Statut du TPIY, article 7-3... 6-3, peut-être du TPIR.
7 Alors, on peut... on fait référence aussi aux crimes, au fait... au fait que les actes
8 auxquels on fait référence « aux articles de 2 à 5 (*phon.*) du présent Statut ont été
9 commis par un subordonné n'enlèvent pas à son supérieur sa responsabilité pénale
10 s'il savait ou s'il avait des raisons de savoir que son subordonné est sur le point de
11 commettre ces actes ou les avait commis et que le supérieur avait omis de prendre
12 des mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir les actes ou réprimer les
13 auteurs après. »

14 M^{me} BRADY (interprétation) : [16:08:20] C'est tout à fait exact.

15 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:08:23] Eh bien, l'article 7-3, (*inaudible*)
16 ça crée (*phon.*) plus ou moins la défense que présente l'accusé. L'accusé ne peut pas
17 dire : « Désolé, moi, je n'y étais pas. Je n'ai pas participé. » Tandis que l'article 28, lui,
18 exige une participation positive dans l'entreprise, celle qui est considérée comme un
19 crime.

20 M^{me} BRADY (interprétation) : [16:09:07] Bien sûr, je vois une différence entre le texte
21 de... du TPIY et celui de la CPI. Mais ce problème de texte auquel on est confronté ici
22 ne s'est pas posé au TPIY.

23 La meilleure façon de répondre à la question, c'est de se fonder, encore une fois, sur
24 ce que nous avons dit dans notre réponse écrite. Si on lit ces mots, ils sont nouveaux,
25 ils n'étaient pas là dans les Statuts du TPIY ou celui du TPIR, mais il n'y a pas
26 d'interprétation, il n'y a pas de sens ordinaire. En anglais, ça ne figure pas dans les
27 textes authentiques. On ne voit pas clairement qu'il y a un élément sans ambiguïté. Il
28 y a une ambiguïté. Et alors, on dit : il faut consulter les dispositions et les mettre

1 dans un contexte. L'analyse contextuelle ne vient pas en appui de la causalité. Et
2 pour de nombreuses raisons, nous l'avons démontré, il est difficile de concilier le
3 manquement à réprimer avec la causalité avec le premier crime... avec le premier
4 crime dans une série de crimes. Et comme vous l'avez fort bien fait remarquer, il y a
5 des modes séparés dans les articles 28 et 25. Il faut donc les lire séparément.

6 Autre chose qui est très important... Alors, je ne dis pas qu'il faut se braquer sur les
7 mots. Pour nous, il y a là une ambiguïté, si on les lit comme le suggère la Défense.

8 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:11:03] Dans leur contexte, le contexte,
9 c'est peut-être tout simplement parce qu'il y aura une responsabilité pénale qui sera
10 imputée à une personne qui n'a pas commis des crimes elle-même et dont on ne peut
11 pas dire ou dont on ne dit pas qu'ils ont eu l'intention de commettre les crimes.
12 Est-ce que ça pourrait être le contexte en question ?

13 M^{me} BRADY (interprétation) : [16:11:29] Ça pourrait être un facteur, Monsieur le
14 juge. Mais quand on parle de contexte ici, on parle du contexte du Statut tout entier,
15 à la lumière de l'objet et du but de la responsabilité du commandant.

16 Avoir une exigence de causalité, ça va à l'encontre, en fait, de l'article 28. Cela aurait
17 des répercussions, ou en tout cas, ça restreindrait ce que peut faire l'Accusation, plus
18 particulièrement lorsqu'il y a manquement à réprimer. Plus particulièrement, il n'y
19 aurait jamais de responsabilité secondaire du commandant, s'il y avait une exigence
20 de causalité. Mais je vais en rester là.

21 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [16:12:18] Alors,
22 dans un souci de respect du temps, je me tourne vers le professeur Newton, je pense
23 au droit humanitaire, articles 86 et 87, vous aviez parlé de réserves. Est-ce que vous
24 pourriez peut-être développer un peu plus avant pour que je comprenne
25 parfaitement ce que vous entendez par là ?

26 M^e NEWTON (interprétation) : [16:12:43] Bon, je vais faire un petit retour en arrière,
27 si vous me le permettez, Madame la Présidente.

28 Je suis tout à fait en désaccord avec la lecture qu'a faite, ce matin, du mot... du fait

1 que l'on peut séparer l'article 28 des pratiques des États. L'article 21 dit de façon
2 explicite que « le droit humanitaire et les pratiques des États sont pertinentes dans
3 l'interprétation et l'application du Statut. » Ça veut dire que, dans ce contexte, dans
4 l'article 28, il y a eu omission par le commandant d'appliquer un contrôle. Très bien.
5 Ces implications doivent être interprétées dans le contexte du Statut de Rome et de
6 cela seulement. Pour le reste, il faut aller au-delà, vers les pratiques des États et le
7 droit coutumier international. Et là, il y a des indicateurs forts. Alors, je parlais plus
8 particulièrement du droit de retrait, mais je pense que cela a des implications sur des
9 questions plus vastes également. Par exemple, sur l'adéquation des mesures. Il y a
10 d'autres aspects à prendre en compte. Mais, ces réserves-là sont très claires.

11 Les pays de l'OTAN, les nations de l'OTAN, je peux vous en donner la liste,
12 l'Australie, le Royaume-Uni, l'Autriche, l'Allemagne, l'Irlande, les Pays Bas,
13 l'Espagne et les autres ont des réserves spécifiques aux fins de ce que peut faire un
14 commandant en matière de responsabilité. Et il y a là un équilibre à instaurer avec le
15 droit humanitaire. Il faut un équilibre avec les objectifs militaires.

16 Donc, imposer un droit de retrait... pardon, (*l'interprète se corrige*), un devoir de
17 retrait, à un moment donné, c'est quelque chose de nouveau dans le droit pénal
18 international, et ça ne prend plus du tout en compte les obligations militaires. Cela
19 veut dire que les considérations humanitaires sont toujours prépondérantes quels
20 que soient les objectifs, et qu'à un moment non spécifié, il y a un devoir de retrait.

21 Vous ne l'avez pas fait, dès lors, vous êtes responsable de tout ce qui s'est passé
22 après ce moment-là. C'est quelque chose qui a été décidé arbitrairement. Plutôt que
23 de dire « vous auriez dû vous retirer », c'est ce qu'a dit M^{me} Brady. Elle a dit qu'après
24 avoir examiné toutes les parties objectives, en dernier recours, le problème pour un
25 commandant en campagne, c'est que le droit de la guerre est très clair. Il a des
26 devoirs qui se font concurrence. Cela vaut également pour les civils et pour le...
27 préserver des civils et contrôler les opérations de combat. Il ne peut pas simplement
28 s'en aller, autrement, il serait immédiatement relevé.

1 Il y a concurrence entre deux types de devoirs. Il y a à la fois les considérations
2 humanitaires et les considérations militaires et il faut choisir entre ce qui est
3 pratique, ce qui est faisable. En matière de *jus in bello* on voit qu'il y a souvent cette
4 tension-là. Le devoir d'avertir lorsque les circonstances le permettent il n'y a pas de
5 hiérarchie bien stricte ; tout est contextuel. Un devoir de retrait obligatoire n'a jamais
6 été reconnu dans... dans le *case law*. De la même manière, il n'y a pas de devoir
7 d'avoir... de donner un ordre qui préciserait tout cela. Or, voilà que l'on reconnaît
8 qu'il y a un devoir. Imposer un devoir de retrait automatique ça saperait, je pense, le
9 droit coutumier international et les pratiques bien établies. La seule alternative, c'est
10 simplement qu'un commandant couperait tout contact avec ses troupes en disant
11 « Je ne veux rien savoir, je ne veux aucun... entendre aucun rapport » et ça, ce serait
12 totalement irresponsable.

13 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [16:17:05]
14 Revenons-en aux réserves. Ce qui n'est pas clair dans mon esprit, c'est les
15 articles 86 et 87 du droit coutumier international. Alors, comment est-ce que les
16 réserves peuvent être utiles pour l'interprétation du droit coutumier international ?

17 M. NEWTON (interprétation) : [16:17:25] Alors, excellente remarque. Ces réserves
18 reflètent les pratiques des États. Je donne un exemple tangible. Un commandant
19 canadien ou allemand a fait l'objet d'une enquête par mon collègue lors d'une
20 opération OTAN où se trouvait l'Allemagne. Il aurait été tout à fait irresponsable et
21 sans précédent de faire en sorte qu'un allié — allemand ou canadien — envoie une
22 force et puis coupe toute relation de commandement en disant : nous ne voulons pas
23 d'information, pas de logistique, rien du tout. C'est quelque chose qui ne se passe
24 jamais dans la pratique des États. C'est une pratique universelle des États.

25 À l'autre extrême, c'est également une pratique universelle des États que quand il y
26 a des allégations — et c'est la discussion qui a eu lieu ce matin sur le lien entre le
27 niveau de connaissance et les mesures adéquates... et c'est pour ça que c'est
28 tellement important parce que d'un point de vue contextuel, il y a des mesures

1 raisonnables que je dois prendre et qui dépendent de la connaissance que j'ai, des
2 sources de cette information, de l'information dont je disposais à l'époque. C'est ça
3 qui détermine des mesures nécessaires et raisonnables. Ce que l'Accusation et la
4 Chambre de première instance recommandent pour l'instant, c'est qu'à un moment
5 non spécifié dans le temps, j'ai un devoir de retrait qui est prépondérant par rapport
6 à tous mes efforts de prévention et de répression et de mesures nécessaires et
7 raisonnables. Ça, c'est, selon moi, quelque chose qui modifie carrément toute la
8 construction du droit de la guerre.

9 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [16:19:13] Je
10 vous remercie.

11 Question de suivi, Monsieur le juge Osuji ?

12 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:19:22] Mais, Maître Newton, vous
13 avez affirmé, un peu plus tôt, au cours de votre intervention, au cours de la partie
14 principale de votre intervention, que la présence du sens de la guerre impose une...
15 forcément une absence d'ordre et de moralité — je vous cite — donc, en d'autres
16 termes, qu'on sait... les généraux savent, Claus Kress l'a dit, que la guerre, c'est de la
17 violence à grande échelle. Il y a également le général Schwarzkopf qui a dit que la
18 guerre était une « profanité »... que les gens qui essayaient de se tuer les uns les
19 autres.

20 Lorsque vous êtes dans cette situation... une situation de danger extrême dû aux
21 circonstances de la guerre, est-ce que ça n'impose pas une obligation d'essayer de
22 réduire un danger ? Est-il déraisonnable, alors, de considérer qu'il y a un devoir de
23 réduire le danger et que ça pourrait vouloir dire retirer des troupes complètement ou
24 en partie ?

25 M. NEWTON (interprétation) : [16:20:51] Je vous remercie de me permettre de
26 répondre à cette excellente question que j'entends souvent. En général, en matière de
27 *jus in bello* lorsqu'on est mal à l'aise avec les lois de la guerre parce qu'il y a une
28 tension, on autorise de tuer et on autorise de détruire des biens. Revenons à une idée

1 ancienne : il faut éviter la guerre à tout prix et « que » donc il faudrait se retirer dès
2 que possible pour minimiser l'impact. Le problème, c'est que ça n'est pas le monde
3 réel. La loi des conflits armés fait une distinction claire entre l'utilisation *jus ad bellum*
4 et l'utilisation *jus in bello*. C'est différent. Le devoir de retrait, une fois qu'on est dans
5 un conflit armé, dans des circonstances appropriées, ne peut pas être une mesure
6 nécessaire et raisonnable parce que cela se diffuse dans tous les devoirs
7 simultanément, à tout moment et à tout endroit. D'un côté, il y a l'application d'une
8 mission militaire, et de l'autre côté, les préoccupations humanitaires. Les deux
9 existent en même temps.

10 Dans la position que vous préconisez, si j'étais d'un côté ou de l'autre, je regarderais
11 quels sont les meilleurs commandants déployés, les meilleures unités, les meilleures
12 unités étant en général celles qui ont des meilleurs commandants qui imposent la
13 discipline et qui contrôlent les opérations. Ce sont les meilleurs commandants et
14 donc, les plus efficaces au combat en général. Et automatiquement, je commencerais
15 à suivre des... à faire des rapports, et « de » donner des... des *fake news* et puis me
16 retrouver sur les médias sociaux, et je donnerais toute une sorte... une série
17 d'informations pour faire en sorte qu'il y ait une obligation de retrait. Et ce que je
18 veux dire, c'est que la loi de la guerre n'appartient pas à la partie qui se lie... qui a un
19 avantage asymétrique en passant par les médias. C'est pas ça la loi de la guerre. La
20 loi de la guerre, c'est, en même temps, avoir un avantage militaire légal, licite et
21 respecter les obligations de la loi.

22 C'est pas simplement quelque chose qu'on retrouve dans le *case law*, dans la
23 jurisprudence ; on n'y retrouve même pas ça dans la jurisprudence.

24 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:23:57] Vous voulez dire que ça n'a pas
25 été examiné et puis rejeté ?

26 M. NEWTON (interprétation) : [16:24:07] Ce n'est pas simplement que ça n'a pas été
27 examiné puis rejeté, c'est parce que c'est une altération fondamentale des lois de la
28 guerre. Les lois de la guerre, elles sont établies pour que les deux choses aient lieu en

1 même temps, permettre à la loi, faire qu'il y ait un devoir légal de se retirer — et
2 M^{me} Brady en a parlé — à un moment donné, où quelqu'un décide, plus tard qu'à tel
3 moment vous avez fait assez, vous n'en avez pas fait assez.

4 Comment est-ce qu'on décide ça sur le terrain ? Moi, je suis en campagne, je suis
5 dans un climat d'hostilité, je suis dans un vrai dilemme, je dois prendre des mesures
6 nécessaires et raisonnables. C'est là que la jurisprudence intervient, et ça, ça n'a pas
7 été... c'est pas une question d'examen puis de rejet, ça ne fait même pas partie du
8 droit. C'est... Ce serait modifier carrément le tissu de la loi de la guerre. Ce que l'on
9 dit, c'est que ce qui est important, dans une opération militaire, à un moment choisi
10 de façon arbitraire, ce sont les impératifs humanitaires, les considérations militaires,
11 l'efficacité militaire, les questions stratégiques.

12 Mon argument, c'est que ceci susciterait le chaos. Cela permettrait d'avoir d'autres
13 crimes de guerre.

14 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:25:40] Je ne sais pas si... si... je vous
15 comprends bien, il y aurait alors une porte ouverte à une situation où il y aurait une
16 plus grande criminalité, il y aurait une criminalité de la part des troupes. Ça ne serait
17 pas forcément quelque chose qui entrerait en concurrence avec les objectifs militaires
18 dans certaines concurrences (*phon.*). Les soldats pourraient, alors, violer des femmes,
19 tuer des gens, piller alors qu'il n'y aurait pas d'objectif militaire. Vous dites que,
20 même dans ces circonstances-là, il n'y a pas de devoir de retirer les troupes ?

21 M. NEWTON (interprétation) : [16:26:24] C'est exactement ce que je vous dis,
22 Monsieur le juge, parce que l'exigence de ce qui est nécessaire et raisonnable en ce
23 sens dépend d'un contexte. Je ne peux pas trouver d'exemple, comme cela, mais
24 disons qu'il peut y avoir des... des enquêtes et des poursuites qui se font sur le
25 terrain ; ça a été fait. L'Accusation nous dit que les poursuites sont toujours
26 adéquates. Non. Il faut qu'il y ait des éléments de preuve à l'encontre d'individus
27 spécifiques. Il se pourrait, et ça se passe dans tous les pays du monde, qu'il y ait un
28 commandant qui crie : « Vous avez créé une atmosphère de facilitation. » La

1 situation à laquelle vous faites allusion, ça serait un commandant de niveau
2 subordonné qui aurait permis un climat tout à fait permissif et... et... et j'ai pas
3 besoin de retirer toute une unité dans ce cas-là. Je remplace le commandant, j'envoie
4 quelqu'un en qui j'ai confiance en disant : « J'ai entendu des rumeurs, or, ça n'est pas
5 l'intention du commandant. Donc, rendez-vous sur le terrain et faites l'analyse de la
6 situation et puis prenez les mesures nécessaires et raisonnables. » C'est ce qui a été
7 fait ici. Si on présume qu'il y a un devoir de retrait, un retrait imposé par la loi, alors
8 il devient impossible en tant que commandant en campagne de prendre ces
9 mesures-là. À moins que l'alternative c'est que la Cour, que la Chambre ne crée un
10 test temporaire subjectif et en jurisprudence, le droit est toujours très clair, c'est
11 toujours contextuel. Et je pourrais penser à toute une série d'autres choses qui
12 pourraient être faites. Je peux enquêter, je peux poursuivre, je peux, comme dans
13 *Hadžihasanović*, je peux apporter des précisions en disant : « J'ai entendu dire que,
14 est-ce exact ? » Ce sont des mesures raisonnables et nécessaires qui sont prises. Je
15 peux retravailler mes règles de l'engagement également, comme ça a été le cas en
16 Afghanistan.

17 Alors, on arrive au moment magique où je dois me retirer. Non. Ai-je répondu à
18 votre question, Monsieur le juge ?

19 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:28:53] Vous avez présenté vos
20 arguments, nous prendrons tout cela en considération.

21 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [16:28:58] Moi,
22 je pensais justement à un exemple de l'affaire *Strugar* à laquelle vous avez fait
23 référence ce matin ou cet après-midi, à savoir que, en l'occurrence, dans cette
24 affaire-là, la mesure adéquate aurait été, donc, de retirer un des protagonistes, et
25 c'était tout à fait faisable dans les conclusions générales de l'affaire, sans que pour
26 autant cela eut été généralisé.

27 Madame Brady, est-ce que vous pourriez me dire quelle est la question, mais faites
28 quelques commentaires. Très bien.

1 M^{me} BRADY (interprétation) : [16:29:36] Madame, au plus j'entends tous ces
2 arguments, je me dis que, finalement, on n'est peut-être pas tellement loin l'un de
3 l'autre, puisque M. Newton, pour la Défense, que nous a-t-il dit ? Il y a un devoir
4 automatique à se retirer qui se présente à un moment, et c'est vrai que c'est un choix
5 impossible pour un commandant, mais quelle est notre position sur le devoir
6 juridique de retrait, est peut-être beaucoup plus nuancée que ce qu'il nous a
7 présenté.

8 En fait, c'est ce que la Chambre a fait elle-même dans cette situation, quand on
9 suggère qu'un crime ou un pillage auquel on a enlevé toutes les troupes, non ce n'est
10 pas du tout réaliste, ça c'est clair, ça tombe sous le sens, même si on passe à un
11 niveau un peu supérieur, avec un peu plus de crimes.

12 En fait, le tout dépend de ce qui est nécessaire et raisonnable. Si c'est le groupe tout
13 entier, toutes les troupes, tous les soldats qui sont — pour utiliser une expression
14 tout à fait courante — « pourris jusqu'à la moelle », à ce moment-là, c'est après avoir
15 pris tous les autres... toutes les autres mesures nécessaires qui s'avèrent ne pas
16 fonctionner, alors vous ne pouvez pas laisser ce groupe qui viole, qui pille, qui
17 assassine, vous ne pouvez pas les laisser sur place. Il me semble que c'est tout à fait
18 irresponsable.

19 Alors, bon, comment le droit fonctionne ? Est-ce que c'est *jus in bello* ou c'est *jus ad*
20 *bellum* ? Eh bien, je crois qu'un commandant, quand il obéit aux circonstances, quand
21 il va choisir de renvoyer les troupes en vertu de l'article 28, ce n'est pas du tout le *jus*
22 *ad bellum*. Ce n'est pas le *jus ad bellum* qui va trancher si oui ou non on retire les
23 troupes, mais c'est vrai qu'il s'agit ici de *jus in bello*.

24 Ceux qui participent, et ça c'est une proposition que je fais, qui ne peut pas vraiment
25 être contestée, je crois qu'ils doivent tous, à partir du moment où ils sont impliqués,
26 respecter leurs engagements par rapport à ceux qui ne participent pas aux hostilités,
27 et c'est ce qui permet de limiter l'étendue d'un conflit armé.

28 Et le droit de la guerre, on le sait tous, interdit de gagner à tout prix, il y a des

1 contraintes à l'arsenal de la guerre. Et donc, il y a plusieurs principes ; par exemple,
2 un commandant ne peut pas se focaliser sur la victoire à tout prix, en fermant les
3 yeux sur les atrocités qui sont commises par ses subordonnés lors du conflit armé.

4 Et c'est la raison pour laquelle il doit prendre toutes les mesures nécessaires pour
5 éviter, empêcher ou punir ces atrocités. Ils ne peuvent pas échapper à leurs
6 responsabilités en argumentant qu'ils voulaient gagner. Et, donc, ils peuvent
7 atténuer le seuil de répression en cas de malversations et autres.

8 Et donc, il faut parfois prendre des mesures plus draconiennes et en ce compris le
9 retrait des troupes et... si cette mesure est la seule manière d'arrêter toutes ces
10 atrocités.

11 Et c'est ce qui semble être ce que la Chambre de première instance avait à l'esprit.

12 Alors, prenons les faits. M. Bemba lui-même a reconnu, en novembre 2002, alors
13 qu'il rencontrait les représentants du Secrétaire général des Nations Unies, M. Cissé,
14 qu'il allait s'assurer de mettre en place un retrait, dans l'ordre, des troupes. Et alors
15 la décision de prendre l'ordre de retrait a été prise à la mi-janvier. Mais ce n'est pas
16 un ordre de retrait tel que donné par M. Bemba. En fait, lui, il attend encore un mois
17 entre mi-janvier et mi-février, et le retrait total n'a pas eu lieu, n'a pas pu, donc, se
18 terminer avant un mois de plus. Et entre-temps, on est mi-mars. Et quand on voit
19 tous les crimes qui se sont déroulés à ce moment-là à Mongoumba auraient pu être
20 évités s'il avait pris, déjà au début, les mesures nécessaires, puisque les mesures
21 antérieures, très visiblement, n'arrêtaient pas les crimes, la commission des crimes.

22 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [16:34:28] Bon,
23 moi, j'ai une question sur les faits. Est-ce qu'après janvier et février, on constate une
24 diminution des faits sous-jacents, des crimes ? Parce que si on prend, bien sûr, le
25 cadre de M. Gallmetzer ça n'a pas vraiment d'importance, mais si on prend les
26 crimes commis, repris dans les charges, est-ce qu'on constate une diminution de ces
27 crimes ?

28 M^{me} BRADY (interprétation) : [16:34:57] Messieurs, Mesdames les juges, en fait, c'est

1 vrai que, là, cela empiète déjà sur la question qu'on va aborder demain. En fait, les
2 crimes ont continué. Nous n'avons pas été au-delà des actes sous-jacents,
3 nous-mêmes. Et donc, je ne crois pas que l'on puisse déclarer de manière catégorique
4 qu'il y a eu une diminution de ces crimes. Ce que je... nous pouvons dire, c'est que
5 ceux qui ont été poursuivis ont diminué. C'est vrai que nous avons quand même, au
6 niveau de la condamnation, certains crimes qui ont été reconnus, début mars, à
7 Mougoumba.

8 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [16:35:46] Oui,
9 mais il y en a eu beaucoup moins là qu'à PK 12, n'est-ce pas ?

10 M^{me} BRADY (interprétation) : [16:35:52] Oui, mais il faut bien se dire que
11 l'Accusation s'est concentrée sur Bangui, le P12 et le P22, mais il y a aussi eu d'autres
12 crimes à Sibut, fin février, à Mougoumba en mars 2003.

13 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [16:36:15] Oui,
14 mais il y a eu qu'un seul crime à Sibut.

15 M^{me} BRADY (interprétation) : [16:36:19] Oui, ça ne veut pas dire qu'il y a eu qu'un
16 seul crime, non. Nous n'avons repris qu'un de ces crimes dans les charges.

17 M. NEWTON (interprétation) : [16:36:35] Je voudrais vite revenir sur une chose bien
18 précise, puisqu'on est en train d'aborder les faits. Ça revient à ce que je viens de dire.
19 Il y a des rumeurs, des accusations de... des médias. Certaines de ces... de ces sources
20 médiatiques sont très clairement fiables et certaines de ces rumeurs sont arrivées aux
21 oreilles de M. Bemba. Alors, qu'est-ce qu'il a fait ? Il a pris contact avec les Nations
22 Unies, il a demandé une enquête. Il envoyait ses officiers, il a envoyé les gens en qui
23 il a confiance. Certains ont été poursuivis en cour martiale, et ils l'ont fait. Parfois,
24 des gens haut gradés. C'est, par excellence, ce que l'on attend d'un commandant.

25 Et il y a... il y a d'ailleurs une citation très célèbre d'un Britannique qui dit :
26 « Lorsqu'un commandant maréchal laisse les choses se faire, il perd toute autorité. »
27 Et, de toute façon, ici, nous avons une augmentation croissante de mesures qui ont
28 été prises. Et c'est après avoir pris toutes ces mesures, tout un train de mesures, et

1 quand ça ne marche pas, eh bien, justement, c'est exactement ça... c'est exactement
2 mon argument. Est-ce que, tout d'un coup, je vais me réveiller un jour et me dire :
3 « Ah ! tout d'un coup, ce matin, la loi me permet de... me permet de peser et soupeser
4 mes obligations en droit humanitaire et mon droit à la victoire ? » Non. C'est quand
5 j'arrive à ce moment clé que, finalement, je dois agir. Et ce n'est pas comme si tout ce
6 qui allait se passer après, je n'étais plus responsable non plus.

7 Pour autant que je prends des mesures qui, moi, subjectivement, je suis convaincu,
8 se fondent sur les informations qui me sont disponibles à ce moment-là et pour
9 autant que je continue à prendre des mesures pour éviter ce que la Chambre d'appel
10 appelle « cette ambiance de tolérance », mais tant que je prends des mesures, eh bien,
11 j'ai assumé mes responsabilités. Et il est impossible d'arriver à des conclusions, sauf
12 si on n'a pas tous les détails du contexte, on ne peut pas dire quel est le... le point où
13 la situation bascule, où je peux me dire : « Ah ! ben, là, je vais me retirer ».

14 M^e AMBOS (interprétation) : [16:39:17] Bon, moi, j'ai deux choses à rajouter.
15 D'abord, la discussion sur l'article 28. N'oublions pas, dans ce cas-ci, que s'il doit y
16 avoir un lien, une connexion, c'est par rapport aux crimes ; et là, vous aviez tout à
17 fait raison : oui, le commandant participe aux crimes, et c'est ce lien qui est le résultat
18 de... Et sinon, on aurait omission de commandant... commandement ou de
19 surveillance. Il y a trois dispositions. Il y a la responsabilité du commandant avec
20 l'omission à intervenir, responsabilité du crime et le refus du délit du devoir. Et
21 donc, il faut quand même qu'un commandant puisse surveiller de manière adéquate
22 sans que cela ait un impact sur les crimes. C'est une défense un peu faible. Et vous
23 allez me dire : « Bon, ben, il n'a pas surveillé, c'est parce qu'il n'a pas surveillé que les
24 crimes ont été commis. » Et c'est ça que nous avons à l'article 28.

25 Et n'oublions pas qu'on parle ici d'une responsabilité du chef de droit pénal. Donc,
26 c'est du *jus in bello* dans l'affaire *Kunduz* dont on a parlé en Afghanistan, avec les... le
27 général allemand. Qu'est-ce qui s'est passé ? Il a été... On lui a... On l'a privé de sa
28 position. Il y a eu des procédures disciplinaires du chef de la responsabilité de

1 commandement et il a été condamné, il a eu une peine. Et on parle ici de droit pénal
2 pour le commandant et la responsabilité du supérieur hiérarchique avec toute
3 l'interprétation restrictive que cela veut dire.

4 Alors, je suis assez d'accord avec le Bureau du Procureur qui nous parle, dans son
5 dossier, d'ailleurs, des besoins sociaux. Mais c'est vrai, mais nous en sommes très
6 loin. Ce que nous, nous demandons, c'est une application réaliste de la doctrine de la
7 responsabilité du supérieur hiérarchique. Sinon, finalement, si elle est trop
8 complexe, plus personne ne va l'appliquer, parce que, sur le terrain, ça deviendra
9 bien trop complexe.

10 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [16:41:26] Oui,
11 merci.

12 M^{me} LA JUGE MONAGENG (interprétation) : [16:41:53] J'aimerais que les deux
13 parties participantes partagent leur avis sur les questions suivantes.

14 Quelles sont les mesures que le commandant doit annoncer ne pas avoir prises ?
15 Est-ce qu'il doit les énoncer ou est-ce qu'elles sont inhérentes à sa charge, par
16 exemple, le redéploiement de ses troupes et qu'à ce moment-là, il ne doit pas
17 avertir ? Merci.

18 Nous allons commencer par la Défense.

19 M^{me} GIBSON (interprétation) : [16:42:25] Merci beaucoup.

20 Bien, en l'espèce, voici ce qui s'est passé. M. Bemba a été averti de plusieurs mesures
21 bien précises qu'il aurait... qu'il était censé avoir « pris » et qu'il n'a pas pris... qu'il
22 n'aurait pas « pris ». Mais quand on regarde la jurisprudence au niveau des mesures
23 à prendre, il n'y a pas de liste de courses qui vous donne, en droit international,
24 toutes les mesures qu'un commandant pourrait prendre. Et un commandant
25 pourrait, donc, regarder cette liste et dire : « Écoutez, moi, j'ai exécuté toutes ces...
26 tout ce qui est demandé sur la liste, donc on ne peut pas engager pénalement ma
27 responsabilité. » Non. Ce n'est pas du tout ce que veut le droit. En effet, chaque cas,
28 de toute façon, est un cas unique et dépend des circonstances.

1 Je réutilise votre exemple : redéployer des troupes... enfin retirer des troupes pour
2 éviter que des civils meurent et un autre cas où, en revanche, on n'aurait pas besoin
3 de le faire. Il y a deux cas. Alors, dans un acte d'accusation, on va juste dire : « n'a
4 pas pris les mesures nécessaires ». Mais si on met cela, on n'avertit pas vraiment la
5 Défense des charges retenues contre l'accusé. Et c'est exactement ce qui est arrivé à
6 M. Bemba. Il a été condamné sur la base d'éléments bien précis. Il aurait pu poser
7 des questions aux témoins à propos de ces choses s'il savait qu'on lui reprochait de
8 n'avoir pas pris justement ces mesures-là. On ne lui a pas dit quelles étaient les
9 mesures qu'il aurait dû prendre.

10 Alors, en droit international, on n'a jamais créé ce type de listes de courses, où on
11 « *tick* »... où on « *check* » absolument toutes les boîtes, et une fois qu'on a bien
12 « checké » toutes les boîtes, on est sûr qu'on... sa responsabilité pénale n'est pas
13 engagée. Ça n'arrive pas et je pense que l'Accusation et la Défense ne sont pas
14 d'accord sur ce point, mais c'est comme ça.

15 M^{me} BRADY (interprétation) : [16:44:15] Écoutez, le juge Monageng a soulevé un
16 point extrêmement intéressant. Je vais peut-être un peu loin, mais quand on étudie
17 les mesures que, d'après la Chambre de première instance, Bemba aurait dû prendre,
18 ce sont des mesures que tout commandant doit absolument faire, ça fait partie de ses
19 obligations. Il doit s'assurer que ses troupes sont bien formées, au niveau du droit
20 humanitaire international, « qu'ils » sont bien supervisés ; il doit effectuer des
21 enquêtes, sanctionner le cas... le cas échéant, donner des ordres réalisables, avoir le
22 droit de recruter et de licencier ses subordonnés. Alors, ce sont quand même des
23 mesures de base. Et je pense qu'on n'a pas besoin de les avoir dans le DCC ou dans
24 l'acte d'accusation. Ils apparaissent de toute façon dans l'article 28.

25 Donc, certaines des mesures dont parle Madame... M^{me} Gibson semble dire qu'il y a
26 des mesures qui pourraient être utiles parfois et parfois, moins utiles. Ce qui est
27 intéressant, en tout cas, pour nous, en l'espèce, c'est qu'il se devait de partager ces
28 informations avec, au moins, les autorités de la République centrafricaine. Et il était

1 de toute façon... il était tenu de collecter des informations, s'il y avait des
2 informations sur des crimes, et de les passer à l'autorité compétente.

3 Alors, c'est intéressant ce qui vient de nous être dit, mais nous pensons, au niveau de
4 l'Accusation, que nous n'avons pas besoin d'aller aussi loin. Il faut juste avertir la
5 personne suspecte du fait qu'il n'a pas pris les mesures raisonnables auxquelles on
6 aurait pu s'attendre. Et donc, nous considérons que cela devrait suffire en matière de
7 notification.

8 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [16:46:29]
9 Merci.

10 Maintenant... Monsieur Osuji.

11 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:46:34] Question pour M^{me} Gibson.

12 Vous nous avez dit, enfin lorsque vous nous avez fait votre présentation magistrale
13 ce matin, vous nous avez dit qu'il ne fallait pas traiter de la responsabilité pénale du
14 supérieur hiérarchique en partant du point de vue que ces manquements allaient
15 augmenter le risque de voir ses subordonnés commettre des crimes. C'est ce que
16 vous nous avez dit dans votre présentation. Ensuite, lorsque j'ai parlé avec
17 M. Newton et avec l'Accusation, d'ailleurs, on semble être d'accord sur un point : la
18 guerre, c'est dangereux. Je pense qu'on est tous d'accord là-dessus. Mais si c'est le
19 cas, peut-on vraiment évaluer la responsabilité du supérieur hiérarchique en prenant
20 le point de vue d'un accusé habituel ou normal ? Puisque M. Newton a parlé de
21 l'affaire des FARC, vous savez ce qui est... et aussi des... plusieurs affaires de Cour
22 de Sierra Leone. Alors, là, l'évaluation de la responsabilité du supérieur hiérarchique
23 serait étudiée sous l'angle de ce qui... sous l'angle de sa conduite, pour savoir si sa
24 conduite avait favorisé les crimes ou non. Alors, on ne pourrait pas utiliser cela ? La
25 mise en péril ? On est d'accord pour dire que la guerre est dangereuse, que la guerre
26 met en péril, alors on peut en arriver à une situation, me semble-t-il, où le
27 commandant, parfois, peut être impliqué dans des circonstances telles que le fait de
28 former les soldats, les armer et les déployer les mettre en situation de commettre des

1 crimes.

2 Alors, si c'est correct, peut-on aller encore plus loin en évaluant, en fait, sa
3 responsabilité dans les actes commis ou sa responsabilité du fait de l'omission à
4 avoir fait quoi que ce soit du point de vue d'un accusé normal dans un procès pénal
5 normal ?

6 M^{me} GIBSON (interprétation) : [16:49:27] Eh bien, pour nous, non, bien sûr. Un
7 commandant, ce n'est pas un autre... un accusé comme un autre auquel on reproche
8 certains modes de responsabilité. Il y a beaucoup de facteurs, vous les avez pris en
9 compte. Le commandant, en plus, donne des armes au peuple, aux gens, en tout cas.
10 Il les envoie, il les déploie dans des endroits où il y a des civils et dans des
11 circonstances difficiles, qui plus est. C'est pour ça, justement, que la responsabilité
12 de commandement existe et impose des obligations aux commandants justement.
13 Comme ça, ils engagent leur responsabilité pénale dans des circonstances qui sont
14 fort étranges, en effet. Ce n'est pas comme n'importe qui qui aurait été accusé de
15 complicité ou qui aurait été accusé d'avoir commis un crime. Pas du tout. C'est une...
16 un mode de responsabilité absolument unique. On peut condamner des
17 commandants même s'ils n'ont pas commis le crime.

18 Regardez M. Bemba, il n'a commis aucun crime, il n'est pas auteur, il n'était même
19 pas dans le même pays que les auteurs des crimes. Il n'a pas ordonné qu'on
20 commette des crimes. Il n'a pas partagé l'intention des auteurs. Il n'a aucune relation
21 avec les faits et les crimes en tant que tels. Alors, pourtant... c'est pour ça que, pour
22 nous, la responsabilité du commandant supérieur est unique, parce qu'en guerre, les
23 circonstances sont différentes. En guerre, on peut en effet engager la responsabilité
24 pénale de quelqu'un de ce type — pendant la guerre.

25 Mais regardez : pour un complice, par exemple, quelle est sa relation avec les faits ?
26 La personne qui est complice, quand même, aide l'auteur principal du crime, et en ce
27 faisant, avec la connaissance parfaite que sa contribution substantielle va aider à la
28 commission du crime. La responsabilité de commandement, ça n'a rien à voir avec

1 tout cela. C'est à des milliers de kilomètres.

2 On en revient à la discussion de savoir si on peut ou non traiter de la responsabilité
3 du commandant uniquement parce qu'on a, dans le Statut, le « 25-b » (*phon.*), par
4 exemple... le 25-d (*phon.*). Non. On a quand même ici... on engage quand même la
5 responsabilité pénale de quelqu'un qui est extrêmement éloigné du crime et des
6 crimes commis. Et du fait des facteurs dont vous avez parlé, c'est éventuellement
7 ainsi que l'on peut arriver à un verdict de culpabilité, si toutes les... les paramètres
8 dont vous nous avez parlé sont satisfaits.

9 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:52:09] Donc, d'après vous, on peut
10 très bien envisager l'article 28 sous l'angle de la théorie de la mise en péril ? Qu'en
11 pensez-vous ?

12 M^{me} GIBSON (interprétation) : [16:52:21] Eh bien, écoutez, je peux donner la parole à
13 mes collègues, mais en tout cas, sur la responsabilité du commandant, cela justifie le
14 fait que l'on impose la responsabilité à quelqu'un qui est forcément loin du crime.
15 Donc, je suis d'accord avec vous, en effet, parce que c'est en effet quelqu'un qui a
16 envoyé les gens... (*fin de l'intervention non interprétée*).

17 M. NEWTON (interprétation) : [16:52:56] J'ajoute deux choses. C'est pour ça que le
18 lien de causalité est si important, parce que, du point de vue de la victime, ils ne
19 peuvent pas savoir si une bombe les a mis en danger ou non, parce que ça ne fait pas
20 très correct, enfin, parce que quand on est civil, quand même, dans une zone de
21 conflit, on est en danger, et c'est pour ça qu'il y a le droit... le droit des conflits armés
22 qui protège les civils.

23 Mais la mise en péril, non, je pense que la mise en péril, cela ne met pas en évidence
24 le lien qui est pourtant essentiel. Quand on est civil et qu'on est dans un conflit, de
25 toute façon, votre vie est en péril. Regardez, quand il y a des patrouilles dans les rues
26 et on tire un peu à droite, à gauche, eh bien, on peut toujours recevoir une balle
27 perdue.

28 Alors, il est vrai qu'ils n'ont pas tiré sur les personnes, mais il y a eu une balle

1 perdue, ça a mis la vie des civils en jeu et en péril, surtout, et ils ont réussi à tuer
2 quelqu'un. Mais je ne dis pas que... que quand on envoie quelqu'un en patrouille on
3 est... votre responsabilité pénale est forcément engagée, parce que si vous êtes
4 tombé dans une embuscade, par exemple, et qu'il y a des tirs et qu'une balle perdue
5 tue un civil, là, vous n'êtes plus... plus responsable. Mais le commandant dispose et
6 peut... peut engager sa responsabilité pénale lorsqu'il n'exerce pas correctement et
7 de façon appropriée sa responsabilité de commandement. C'est pour ça qu'on a
8 cet... ce libellé, justement.

9 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:54:29] Oui, je vous comprends bien.
10 Mais alors, pourquoi est-ce que vous n'aimez pas ma théorie de la mise en péril ?
11 Vous allez l'air de dire que ça ne correspond absolument pas avec... Si ? Vous
12 semblez dire que c'est la même chose ?

13 M. NEWTON (interprétation) : [16:54:44] Mise en péril, non ; risque de... risque de
14 nuire, plutôt.

15 Mais dans un monde parfait, évidemment, la guerre se ferait dans les déserts, et moi,
16 je serais d'accord. Enfin, dans un monde encore plus idéal, il n'y aurait plus de
17 guerre du tout.

18 Mais alors, quand on décide de déployer des forces, forcément, on crée un risque
19 pour les civils et on les met en danger. C'est comme ça, c'est pour ça qu'on a le *jus ad*
20 *bello* (*phon.*) et le *jus in bello*. Et c'est pour ça que le... le commandant est au centre des
21 choses.

22 Mais je pense que, quand on utilise votre approche, donc, par la mise en péril, ça ne
23 suffit pas, parce que cela néglige l'obligation professionnelle du commandant. Oui, il
24 va mettre des vies en péril, certes, et du coup, il est professionnellement tenu à faire
25 certaines choses déontologiquement, s'assurer que les opérations sont bien
26 conduites, qu'il reçoit des rapports, que s'il se passe des choses troubles, qu'il
27 enquête sur ces choses, et cetera. Et grâce à tout cela, eh bien, la zone de danger est
28 au moins connue, on sait où le danger existe. Mais on ne peut pas avoir un standard

1 juridique arbitraire qui dit : « On peut... Là, les civils sont trop en danger » ou « les
2 civils ne sont pas assez en danger ». Non, on ne peut pas faire cela.

3 Moi, je pense qu'on dit la même chose, de toute façon. Pendant la guerre, il existe
4 une possibilité de crimes. Et pendant les guerres, les civils sont en danger. Dès que
5 je... dès qu'on fait quoi que ce soit de militaire, il y a danger, ce qui ne signifie pas
6 que la responsabilité pénale du commandant est engagée au titre de l'article 28 ou de
7 l'article... ou d'un autre article, d'ailleurs.

8 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:56:36] Mais, d'après ce que vous me
9 dites et ce que vous m'avez dit précédemment, j'ai l'impression que vous vous...
10 vous êtes fort préoccupé par la responsabilité stricte, parce que l'Accusation semble
11 dire qu'ils sont d'accord à propos du fait que le... l'article 28 se base sur la
12 responsabilité stricte.

13 Mais alors, et vous, qu'en est-il, que pensez-vous ? Pour ce qui est donc de
14 l'article 28, vous savez qu'au début, c'est du fait d'un contrôle inapproprié. Je crois
15 que c'est ce qui est écrit...

16 M. NEWTON (interprétation) : [16:57:27] Si vous me permettez, puis-je avoir
17 45 secondes pour répondre, parce que je vois que l'heure tourne ?

18 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [16:57:35]
19 Quarante-cinq secondes vous suffiront ?

20 M. LE JUGE EBOE-OSUJI (interprétation) : [16:57:38] Mais je n'ai pas terminé ma
21 question.

22 Merci.

23 Question, alors. La première partie de l'article 28 est simple. On parle du fait que le
24 contrôle n'est pas exercé correctement.

25 Et donc, suite à cela, c'est la condition qui précède la responsabilité, me semble-t-il.
26 Ça ouvre un peu la porte, mais ça ne s'arrête pas là, en revanche. Il pourrait y avoir
27 aussi une condition subséquente nécessaire. Et ça, c'est ce que l'on voit lorsqu'on a
28 « n'a pas pris », « aurait dû », « aurait dû savoir », « *failed to take* », « n'a pas pris les

1 mesures nécessaires », et cetera, et cetera. Donc, on pourrait avoir un scénario où la
2 première condition est satisfaite, mais il n'y a pas de responsabilité parce qu'on n'a
3 pas les dispositions subséquentes, elles ne sont pas satisfaites. Ce n'est pas de ça que
4 vous avez... Vous avez bien parlé de ça, me semble-t-il, n'est-ce pas ?

5 M. NEWTON (interprétation) : [16:58:48] Écoutez, je vais en revenir à ce que j'ai dit
6 précédemment. J'aime beaucoup votre approche, je la trouve passionnante et je vais
7 devoir y réfléchir. Mais nous, en ce qui concerne l'article 28, on veut que cela crée
8 une symétrie dans le droit de la responsabilité du commandant pour que la... pour
9 que l'on sache exactement comment imputer la responsabilité pénale au
10 commandant. Et cela ne fonctionne que lorsqu'il y a beaucoup... un niveau très élevé
11 de responsabilité. Donc, d'après l'Accusation, augmenter les risques, non, ça ne suffit
12 pas pour augmenter la responsabilité. Non, non, il faut qu'il y ait symétrie d'entre,
13 d'un côté, les actes faits... effectués par l'individu et les actes qui n'ont pas été faits
14 par l'individu, par... c'est-à-dire l'omission. Donc, on a un « *but for* » qui est
15 absolument essentiel. Il nous faut quand même un lien de causalité, un « *but for* ».
16 C'est ce qui se fait lorsque l'on prend en compte aussi des obligations que l'on trouve
17 en droit coutumier et dans la pratique même des États. C'est ce que les
18 commandants doivent faire, c'est ce à quoi on s'attend. C'est pour ça, d'ailleurs, qu'ils
19 ne sont pas toujours tenus responsables pour chaque erreur ou bavure qui pourrait
20 arriver.

21 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [17:00:16] Bon,
22 ben, nous allons encore écouter une question.

23 M. LE JUGE MORRISON (interprétation) : [17:00:20] Bon, Professeur, quand vous
24 nous avez dit que vous souhaiteriez que les guerres soient menées dans le désert, eh
25 bien, cela m'a rappelé qu'à l'époque, les guerres étaient menées par des soldats
26 professionnels et puis, à la fin de la bataille, ils retournaient chacun dans un coin du
27 champ, et puis comptaient les survivants, et se disaient : « Voilà qui avait gagné. » Et
28 c'est vrai que nous avons tout à fait changé l'arsenal de guerre et l'art de la guerre, et

- 1 donc, on n'a plus de solution qui permette de s'adapter à tout le monde.
- 2 M. NEWTON (interprétation) : [17:00:58] Oui, je suis tout à fait d'accord.
- 3 Rappelez-vous, nous avons ici sept groupes différents qui étaient tous dans le même
- 4 cadre, dans le même environnement. Alors, comment imputer les responsabilités à
- 5 chacun des individus est quelque chose de très, très compliqué, et c'est là que le droit
- 6 est particulièrement utile.
- 7 M^{me} LA JUGE PRÉSIDENT VAN den WYNGAERT (interprétation) : [17:01:22] Eh
- 8 bien, voilà. Je crois que nous sommes arrivés au bout d'une audience
- 9 particulièrement intéressante.
- 10 Merci aux participants, aux parties, aux interprètes, aux sténotypistes et aux juges.
- 11 Et on reprend demain à 9 h 30.
- 12 M^{me} L'HUISSIER : [17:01:37] Veuillez vous lever.
- 13 (*L'audience est levée à 17 h 01*)