

Affaire n° : IT-01-47-AR72

LA CHAMBRE D'APPEL**Composée comme suit :****M. le Juge Theodor Meron, Président****M. le Juge Fausto Pocar****M. le Juge Mohamed Shahabuddeen****M. le Juge David Hunt****M. le Juge Mehmet Güney****Assistée de :****M. Hans Holthuis, Greffier****Arrêt rendu le :****16 juillet 2003****LE PROCUREUR**

c/

Enver HADZIHASANOVIC**Mehmed ALAGIC****Amir KUBURA**

DÉCISION RELATIVE À L'EXCEPTION D'INCOMPÉTENCE (*RESPONSABILITÉ DU SUPÉRIEUR HIÉRARCHIQUE*)

Le Bureau du Procureur :**M. Ekkehard Withopf****Les Conseils des accusés :****Mme Edina Residovic et M. Stéphane Bourgon pour Enver Hadzihasanovic****MM. Fahrudin Ibrisimovic et Rodney Dixon pour Amir Kubura****I. INTRODUCTION**

1. La Chambre d'appel est saisie d'un appel interlocutoire interjeté par Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic et Amir Kubura (les « Appelants »). Elle rappelle que le 12 novembre 2002, une Chambre de première instance a rendu une « Décision relative à l'exception conjointe d'incompétence », par laquelle elle rejetait une exception préjudicielle d'incompétence soulevée en l'espèce par les Appelants. Le 27 novembre 2002, les Appelants ont conjointement déposé devant la Chambre d'appel un recours interlocutoire contre la Décision relative à l'exception conjointe d'incompétence (« *Interlocutory Appeal on Decision on Joint Challenge to Jurisdiction* ») (l'« appel interlocutoire ») en application de l'article 72 B) i) du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal international (le « Règlement »). L'Accusation a, quant à elle, déposé une réponse le 9 décembre 2002¹, ainsi qu'un supplément à la

Réponse le 20 décembre. Les Appelants ont déposé une réplique conjointe le 13 décembre (la « Réplique »).

2. L'appelant Mehmed Alagic est décédé le 7 mars 2003. Par l'ordonnance du 21 mars 2003, la Chambre de première instance a mis fin à l'action engagée contre lui. Toutefois, par commodité, la Chambre d'appel examinera les écritures relatives au présent recours en s'y référant sous leur titre de dépôt.

3. L'appel interlocutoire formé en l'espèce soulève deux questions. Celles-ci se rapportent aux objections formulées par les Appelants concernant :

- 1) la responsabilité d'un supérieur hiérarchique du fait des actes de ses subordonnés au cours d'un conflit armé qui ne revêtait pas un caractère international (« interne ») ; et
- 2) la responsabilité d'un supérieur hiérarchique du fait d'actes commis avant qu'il prenne le commandement des auteurs des actes en question.

Les objections des Appelants concernant ces deux points seront désignées respectivement comme premier et deuxième moyens de l'appel interlocutoire.

4. L'appel interlocutoire soulevait aussi une autre question. Toutefois, dans la décision du 21 février 2003, un collège de trois juges de la Chambre d'appel a déclaré qu'au regard de l'article 72 E) du Règlement², l'appel interlocutoire était recevable dans la mesure où il contestait les points 1) et 2)³. Le reste de l'appel a été rejeté.

5. S'agissant des points 1) et 2), la Chambre de première instance a conclu a) que « dès 1991, la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique était applicable en droit international coutumier, dans le contexte d'un conflit armé interne⁴ », et b) « qu'en principe, un supérieur hiérarchique peut être tenu responsable sur la base de la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique, pour des crimes commis avant qu'il ne prenne son commandement⁵ ».

6. L'acte d'accusation initial incluait des chefs fondés sur les articles 2 et 3 du Statut du Tribunal international (le « Statut »). Le conflit armé y était qualifié de conflit international. L'acte d'accusation modifié, daté du 11 janvier 2002, ne retient toutefois que les accusations tombant sous le coup de l'article 3 du Statut, pour violations des lois ou coutumes de la guerre (« crimes de guerre »)⁶. Il est simplement allégué au paragraphe 11 de l'acte d'accusation modifié que :

[d]urant toute la période visée par le présent acte d'accusation, la Bosnie-Herzégovine était le théâtre d'un conflit armé.

7. L'acte d'accusation modifié n'indique pas si le « conflit armé » en question est de nature interne ou internationale. L'Accusation affirme depuis alléguer l'existence en Bosnie-Herzégovine d'un conflit armé « n'entrant dans aucune catégorie⁷ ». La Chambre d'appel ne se prononce pas quant à savoir si l'acte d'accusation modifié devrait être considéré comme alléguant la seule existence d'un conflit armé interne ; elle partira de l'hypothèse qu'il peut faire référence à un tel conflit. En outre, l'acte d'accusation modifié ne met en cause la responsabilité des Appelants en qualité de supérieurs hiérarchiques que sur la base de l'article 7 3) du Statut.

8. Dans leur appel interlocutoire, les Appelants ont sollicité la tenue d'une audience⁸. Le 12 décembre 2002, M. Ilias Bantekas de la Faculté de droit de l'Université de Westminster, en Angleterre, a déposé une demande aux fins d'être autorisé à présenter devant la Chambre d'appel un mémoire

d'amicus curiae sur la question de l'applicabilité de l'article 7 3) du Statut aux conflits armés internes. Compte tenu du nombre élevé de mémoires déposés devant la Chambre de première instance et devant la Chambre d'appel (18 au total), et de l'examen approfondi, dans la Décision contestée, des questions soulevées dans le présent recours, la Chambre d'appel ne juge pas nécessaire d'entendre les parties ou un *amicus curiae* comme le lui permet l'article 74 du Règlement⁹.

9. La Chambre d'appel va à présent examiner les deux points pour lesquels le collège des trois juges a conclu à la recevabilité de l'appel interlocutoire. Ce faisant, elle tient à affirmer qu'à son avis, si la présente décision doit présenter un lien motivé avec ces deux points, et que ses motifs doivent prendre en compte les arguments pertinents avancés par les parties, la Chambre n'est pas tenue de répondre en détail à chacun de ces arguments.

II. RESPONSABILITÉ DU SUPÉRIEUR HIÉRARCHIQUE DANS LES CONFLITS ARMÉS INTERNES

10. Concernant le premier point pour lequel le collège des trois juges de la Chambre d'appel a conclu que le recours interlocutoire soulevait une question valide, les Appelants ont présenté de nombreux arguments, soutenant, pour l'essentiel, que la Chambre de première instance s'était fourvoyée à un double égard, dans la mesure où¹⁰ :

- a) elle a conclu à tort que le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique trouvait à s'appliquer en droit international coutumier à des conflits armés internes à l'époque des faits visés par l'acte d'accusation ; et
- b) elle n'a pas respecté le principe de légalité en se déclarant compétente en l'espèce.

La Chambre d'appel examinera ces questions dans l'ordre précité.

a) La responsabilité du supérieur hiérarchique dans les conflits armés internes est-elle prévue en droit international coutumier ?

11. Concernant cette première question, deux points de droit ne sont pas contestés. Il s'agit premièrement du principe selon lequel les auteurs de violations graves du droit international humanitaire lors d'un conflit armé interne sont tenus pénalement responsables à titre individuel au regard du droit international coutumier¹¹ ; la conclusion de la Chambre d'appel sur ce point dans l'Arrêt *Tadic* relatif à la compétence demeure l'un des principaux précédents invoqués¹². Deuxièmement, à l'époque des faits, le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique faisait partie intégrante du droit international coutumier relatif aux conflits armés internationaux¹³. Les parties s'opposent cependant quant à savoir si ce principe s'applique, en tant que partie intégrante du droit international coutumier, à un conflit armé interne¹⁴.

12. Pour examiner cette question, la Chambre d'appel sait qu'elle aurait tort de considérer que toutes les normes du droit international coutumier applicables dans le cas d'un conflit armé international sont également applicables *ipso facto* dans le cas d'un conflit armé interne. En particulier, elle n'ignore pas que pour conclure qu'un principe faisait partie du droit international coutumier, elle doit être convaincue que la pratique des États reconnaissait ce principe parce qu'il fondait *l'opinio juris*. Toutefois, la Chambre considère également que lorsqu'on peut démontrer qu'un principe a été ainsi établi, rien ne s'oppose à ce qu'il s'applique à une situation donnée même s'il s'agit d'une situation nouvelle, à condition qu'elle relève raisonnablement du champ d'application de ce principe. En outre, pour déterminer si un principe fait partie du droit international coutumier et, le cas échéant, ses conditions d'application, la Chambre d'appel peut suivre, comme elle le fait d'ordinaire, les décisions rendues précédemment par le Tribunal.

13. L'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949, depuis longtemps reconnu comme faisant partie du droit coutumier¹⁵, prohibe la commission de certains actes dans le cadre d'un conflit armé interne. Dans l'Arrêt *Tadic* relatif à la compétence, la Chambre d'appel a conclu que « le droit international coutumier impose une responsabilité pénale pour les violations graves de l'article 3 commun, complété par d'autres principes et règles générales sur la protection des victimes des conflits armés internes, et pour les atteintes à certains principes et règles fondamentales relatives aux moyens et méthodes de combat dans les conflits civils¹⁶ ». En outre, à l'époque des faits en l'espèce, le droit international coutumier incluait la notion de responsabilité du supérieur hiérarchique du fait de crimes de guerre commis pendant un conflit armé international¹⁷. Il en ressort que cette notion aurait été applicable dans le cas de crimes de guerre prohibés par les interdictions édictées à l'article 3 commun, lorsqu'ils étaient commis dans le cadre d'un conflit armé international. Dès lors, on voit difficilement pourquoi cette notion ne serait pas également applicable dans le cas de violations des mêmes interdictions, intervenant dans le cadre d'un conflit armé interne.

14. De l'avis de la Chambre d'appel, la question repose sur un principe double, celui du commandement responsable et de son corollaire, la responsabilité du supérieur hiérarchique¹⁸. Certes, l'origine de ces notions et les liens qu'elles entretiennent méritent un examen approfondi. Toutefois, il suffira de rappeler ici que le principe du commandement responsable figurait à l'article premier du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la Convention IV de La Haye de 1907, où il est dit que :

Les lois, les droits et les devoirs de la guerre ne s'appliquent pas seulement à l'armée, mais encore aux milices et aux corps de volontaires réunissant les conditions suivantes :

1. d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;

De même, l'article 43 1) du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève prévoyait que les « forces armées d'une Partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette Partie [...] ».

15 Il en va de même pour les conflits armés internes. La notion de commandement responsable faisait partie intégrante de l'interdiction de commettre certains actes dans le cadre d'un conflit armé interne, édictée à l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949. Énumérant les conditions à examiner pour déterminer s'il existait un « conflit armé ne présentant pas un caractère international » au sens de cette disposition, le Commentaire du CICR parle avec autorité d'une partie rebelle possédant « une force militaire organisée, une autorité responsable de ses actes, agissant sur un territoire déterminé et ayant les moyens de respecter et de faire respecter la Convention¹⁹ ». L'article premier, paragraphe 1, du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève mentionne également les « forces armées Sd'une Partie contractanteC et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées [...] ».

16. En conséquence, qu'il vise des crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit armé international ou des crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit armé interne tels qu'envisagés à l'article 3 commun aux Conventions de Genève, l'article 3 du Statut suppose l'existence d'une force militaire organisée. Il est évident qu'une telle force ne peut exister que sous la conduite d'un commandement responsable. Il est également raisonnable de conclure que le commandement responsable entraîne une responsabilité du supérieur hiérarchique. Celle-ci constitue le moyen le plus efficace pour le droit pénal international d'imposer un commandement responsable.

17. Il est vrai qu'au plan interne, la plupart des États n'ont pas adopté de disposition prévoyant une responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques faisant pendant au commandement responsable exercé dans le cadre d'un conflit interne. Il n'en reste pas moins qu'au plan international, ils ont accepté qu'en droit international coutumier, certains aspects pertinents du droit international (y compris la notion de responsabilité du supérieur hiérarchique) régissent la conduite d'un conflit armé interne, même s'il est vrai que tous les aspects du droit international ne sont pas applicables. Pour ce qui est des aspects pertinents, il est indiscutable qu'une force militaire engagée dans un conflit armé interne est organisée et donc placée sous la conduite d'un commandement responsable. Sauf indication contraire, les juges doivent interpréter la pratique des États et *l'opinio juris* correspondantes (relatives à la condition exigeant qu'une force militaire soit organisée), dans leur sens ordinaire, à savoir que l'organisation militaire implique un commandement responsable et que le commandement responsable implique à son tour une responsabilité du supérieur hiérarchique.

18. Ainsi, lorsque le droit international coutumier reconnaît qu'un crime de guerre peut être commis par un membre d'une force militaire organisée, il reconnaît également qu'un supérieur hiérarchique peut être pénalement sanctionné s'il savait ou avait des raisons de savoir que son subordonné s'apprêtait à commettre un acte prohibé ou l'avait fait et si le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que l'acte en question ne soit commis ou pour punir son subordonné. Le droit international coutumier reconnaît que certains crimes de guerre peuvent être commis par un membre d'une force militaire organisée au cours d'un conflit armé interne. Il reconnaît également en conséquence que la responsabilité du supérieur hiérarchique peut être engagée pour ces crimes.

19. Les Appelants affirment que le droit international s'est développé pour régir les relations entre les États sur la base du principe de réciprocité et que la responsabilité du supérieur hiérarchique du fait d'actes commis au cours d'un conflit armé interne ne soulève aucune question de la réciprocité²⁰. La Chambre d'appel ne considère pas que la question posée en l'espèce ait un lien avec la notion de réciprocité. Au fur et à mesure du développement du droit, les États en sont venus à considérer que leur intérêt commun était d'observer certaines règles de conduite minimales dans certains domaines²¹ ; c'est notamment le cas de certains aspects de la conduite à observer dans le cadre d'un conflit armé interne. C'est dans cette mesure que les conflits armés internes relèvent aujourd'hui du droit international, sans que la réciprocité soit mise en cause.

20. Aussi, le fait qu'un crime de guerre soit sur le point d'être commis ou l'ait été au cours d'un conflit armé interne importe peu au regard de la responsabilité du supérieur hiérarchique ; cet élément ne concerne que le crime proprement dit, et non la responsabilité du supérieur. La responsabilité d'un supérieur hiérarchique dépend de ses obligations en tant que chef de troupes constituant une force militaire organisée placée sous son commandement, et non du contexte précis dans lequel un acte donné a été commis par l'un des membres de cette force militaire.

21. S'opposant à ce qui précède, les Appelants soutiennent qu'« il faut également distinguer clairement le principe du “ *commandement responsable* ” de celui de la “ *responsabilité du supérieur hiérarchique* ”²² ». Ils affirment que la Chambre de première instance a confondu les deux notions en concluant que l'inclusion du principe du commandement responsable dans le Protocole additionnel II emportait responsabilité du supérieur hiérarchique²³. L'Accusation répond, pour sa part, que « le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique découle logiquement de la reconnaissance d'une responsabilité pénale individuelle pour des violations graves du droit international humanitaire commises par les membres de forces opérant sous la conduite d'un commandement responsable ²⁴ ».

22. La Chambre d'appel reconnaît qu'il existe bien une différence entre les notions de commandement responsable et de responsabilité du supérieur hiérarchique. Cette différence tient à ce que la notion de

commandement responsable s'intéresse aux obligations qui s'attachent à l'idée de commandement tandis que la notion de responsabilité du supérieur hiérarchique envisage la responsabilité découlant d'un manquement à ces obligations. Cependant, comme le montre ce qui précède, les éléments constitutifs de la responsabilité du supérieur hiérarchique dérivent de ceux du commandement responsable.

23. La Chambre d'appel rappelle l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Yamashita v. Styer*, où il est dit sous la plume du juge Stone :

La question est de savoir si les lois de la guerre imposent à un commandant de corps d'armée le devoir de prendre les mesures appropriées qui sont en son pouvoir pour contrôler les soldats placés sous ses ordres afin d'empêcher que ceux-ci ne commettent des actes de violations des lois de la guerre [...]

Il est évident que la conduite d'opérations militaires par des soldats dont les excès ne sont réprimés ni par les ordres ni par les efforts de leur commandant aboutirait presque certainement à des violations que les lois de la guerre ont pour but d'empêcher [...] *Partant, le droit de la guerre présuppose que toute violation de ses dispositions doit être évitée grâce au contrôle des opérations de guerre par les commandants qui sont dans une certaine mesure responsables de leurs subordonnés.*

Ce principe est reconnu dans l'Annexe à la quatrième convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre [...] De même, l'article 19 de la dixième convention de La Haye dispose que « les commandants en chef des flottes des belligérants auront à pourvoir aux détails d'exécution des articles précédents », et l'article 26 de la Convention de Genève de 1929 pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne prévoit que « [l]es commandants en chef des armées belligérantes auront à pourvoir aux détails d'exécution des articles précédents [de la convention], ainsi qu'aux cas non prévus »²⁵.

La Cour suprême a conclu ensuite que ces dispositions imposaient à un commandant l'obligation positive de prendre les mesures appropriées pour protéger les prisonniers de guerre et la population civile, et que cette obligation était « antérieurement reconnue, et tout manquement à celle-ci sanctionné par nos tribunaux militaires²⁶ ». Ainsi, les obligations qui s'attachent au commandement responsable sont généralement imposées par le truchement de la responsabilité du supérieur hiérarchique, celle-ci découlant de celui-là.

24. Cette position cadre avec l'article 7 3) du Statut en tant qu'il s'applique à l'article 3 de celui-ci. L'article 7 3) est ainsi conçu :

Le fait que l'un quelconque des actes visés aux articles 2 à 5 du présent statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs²⁷.

Les Appelants admettent qu'« une lecture littérale de l'article 7 3) du Statut *peut* permettre d'inférer qu'il pourrait s'appliquer à un conflit interne puisqu'il semble s'appliquer à toutes les violations visées par le Statut, dont certaines peuvent être commises dans le cadre d'un conflit interne²⁸ ». C'est exact ; l'article 7 3) s'applique *en effet* à des violations commises pendant un conflit armé interne. Par cet argument, les Appelants entendent démontrer que dans la mesure où il s'applique ainsi, l'article 7 3) outrepassé les

limites du pouvoir du Tribunal. À leur avis, « l'internationalité est exigée²⁹ ».

25. Pour les raisons déjà exposées, la Chambre d'appel ne considère pas que l'article 7 3) outrepassé les limites du pouvoir du Tribunal dans la mesure où il s'applique aux conflits armés internes. Elle tient simplement à souligner que si l'on considère que le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique ne s'applique pas dans le cas d'un conflit armé interne, l'article 7 3), qui repose clairement sur cette hypothèse, se trouve par ce fait même tenu en échec.

26. L'applicabilité du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique à un conflit armé interne n'est pas contestée dans les affaires portées devant les tribunaux internationaux établis pour le Rwanda, la Sierra Leone et le Timor oriental. Les Appelants font valoir que ces tribunaux ont été établis après le TPIY. Cependant, de l'avis de la Chambre d'appel, la création de ces instances confirmait qu'à l'époque, le droit international coutumier incluait le principe selon lequel la responsabilité du supérieur hiérarchique s'appliquait dans le cas d'un conflit armé interne.

27. La Chambre d'appel souscrit pour l'essentiel à l'analyse des différentes sources examinées par la Chambre de première instance (y compris la jurisprudence) concernant le développement de la pratique et de l'*opinio juris* des États sur la question de savoir si la responsabilité du supérieur hiérarchique fait partie intégrante du droit international coutumier s'agissant de crimes de guerre commis dans le contexte d'un conflit armé interne, et rejette les arguments avancés par les Appelants sur ces points. La Chambre d'appel n'examinera donc pas la question de manière plus approfondie, sauf pour répondre à un argument précis.

28. Les Appelants font valoir qu'il est fait référence au principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans les articles 86 et 87 du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949³⁰, et non dans le Protocole II. Étant donné que le premier protocole concerne les conflits armés internationaux alors que le second porte sur les conflits armés internes, les Appelants soutiennent que cette différence entre les deux instruments semble confirmer que la pratique des États considérait la responsabilité du supérieur hiérarchique comme partie intégrante du droit international coutumier relatif aux conflits armés internationaux, et non comme partie intégrante du droit international coutumier relatif aux conflits armés internes.

29. La Chambre d'appel souscrit à l'opinion de la Chambre de première instance selon laquelle la responsabilité du supérieur hiérarchique faisait partie intégrante du droit international coutumier relatif aux conflits armés internationaux avant l'adoption du Protocole I. Partant, comme l'a observé la Chambre de première instance, les articles 86 et 87 du Protocole I n'ont fait que reconnaître un principe existant, et non l'établir. De même, l'absence, dans le Protocole II, de référence à la responsabilité du supérieur hiérarchique envisagée dans le cadre d'un conflit armé interne n'a pas nécessairement d'incidence sur la question de savoir si cette notion faisait ou non déjà partie intégrante du droit international coutumier relatif aux conflits armés internes. La Chambre d'appel estime que c'était le cas à l'époque des faits, et considère que cette conclusion ne saurait être remise en cause en raison de certains facteurs expliquant le silence qui accompagne parfois, pour une raison ou pour une autre, la codification d'un principe reconnu lors de la rédaction d'un instrument international.

30. S'il en était autrement, la Chambre d'appel devrait confirmer que, « comme l'a soutenu la Défense, il n'est pas criminel qu'un supérieur hiérarchique, pendant un conflit interne, n'empêche pas que des meurtres soient commis par ses subordonnés ni ne les en punisse³¹ », c'est-à-dire même s'il a connaissance ou a des raisons d'avoir connaissance de ces meurtres. La Chambre d'appel ne considère pas qu'il y a lieu de soutenir une opinion aussi improbable au regard du droit international contemporain ; elle conclut en particulier qu'une telle opinion s'écarte de son raisonnement dans l'Arrêt *Tadic* relatif à la compétence³² et dans l'Arrêt *Celbici*³³, ainsi que du raisonnement de la Chambre de première instance

dans le Jugement *Aleksovski*³⁴.

31. De l'avis de la Chambre d'appel, c'est à bon droit que la Chambre de première instance a conclu, après un examen approfondi de la question, que la responsabilité du supérieur hiérarchique faisait partie intégrante, à l'époque des faits, du droit international coutumier dans la mesure où elle s'applique à des crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit armé interne.

b) Le principe de légalité

32. Concernant cette question, les Appelants soutiennent que si la responsabilité du supérieur hiérarchique pour des crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit armé interne ne faisait pas partie intégrante du droit international coutumier à l'époque où ils auraient commis les faits qui leur sont reprochés, il y a eu nécessairement violation du principe de légalité³⁵. Puisqu'il a été dit clairement dans le rapport du Secrétaire général que le Statut se limitait au droit international coutumier, les Appelants seraient poursuivis pour des actes qui ne constituaient pas des crimes au regard du droit international coutumier à l'époque où ils auraient avoir été commis.

33. Il ne semble pas à la Chambre d'appel qu'un tel argument puisse être retenu dès lors que l'on a conclu, comme elle l'a fait, qu'à l'époque des faits, le droit international coutumier reconnaissait qu'un supérieur hiérarchique pouvait être tenu responsable de crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit armé interne. L'argument avancé se fonde sur l'hypothèse que la responsabilité du supérieur hiérarchique ne faisait pas partie du droit international coutumier à l'époque des faits. Si cette hypothèse s'effondre, il en va de même de l'argument qui repose dessus.

34. Les Appelants ont avancé devant la Chambre de première instance un argument — qu'ils semblent avoir repris devant la Chambre d'appel³⁶ — affirmant que le principe de légalité exige que le crime reproché soit défini dans une loi accessible et qu'il soit prévisible que le comportement en question puisse être sanctionné pénalement au moment où le crime aurait été commis. La Chambre d'appel fait siennes les réponses fournies par la Chambre de première instance. Concernant la prévisibilité, le comportement en question est le comportement même de l'accusé ; celui-ci doit être capable de savoir si son comportement revêt un caractère criminel au sens où on l'entend généralement, sans faire référence à une disposition particulière. Pour ce qui est de l'accessibilité, dans le cas d'un tribunal international comme le TPIY, elle n'exclut pas d'avoir recours à des principes juridiques fondés sur des règles coutumières³⁷. L'Arrêt *Tadic* relatif à la compétence montre que la responsabilité pénale individuelle peut être mise en cause pour la violation d'une règle de droit coutumier interdisant un comportement donné³⁸.

35. Les Appelants soutiennent en outre que le principe de légalité requiert que l'incrimination d'un comportement soit fondée à la fois sur le droit coutumier et sur le droit conventionnel³⁹. La Chambre d'appel se range à l'avis de la Chambre de première instance qui a rejeté cet argument. L'obligation faite au Tribunal de se fonder sur le droit international coutumier le dispense d'invoquer le droit conventionnel quand il se fonde déjà sur le droit international coutumier⁴⁰. Contrairement à ce qu'affirment les Appelants, rien dans le Rapport du Secrétaire général, auquel était joint le projet du Statut du Tribunal, n'exige qu'une incrimination soit fondée à la fois sur le droit coutumier et sur le droit conventionnel.

36. En dernier lieu, les Appelants affirment que la Chambre de première instance a confondu la responsabilité visée à l'article 7 1) du Statut et celle visée à l'article 7 3)⁴¹. La Chambre d'appel considère l'argument infondé : la Chambre de première instance a fait clairement la différence entre les deux.

III. LA RESPONSABILITÉ DU SUPÉRIEUR HIÉRARCHIQUE DU FAIT DE CRIMES COMMIS AVANT L'EXISTENCE DU LIEN DE SUBORDINATION

37. La Chambre d'appel va à présent examiner le deuxième point sur lequel s'est fondé le collège des trois juges pour déclarer l'appel interlocutoire recevable, à savoir, la responsabilité du supérieur hiérarchique du fait d'actes qui ont été commis avant qu'il prenne le commandement des auteurs des actes en question.

38. Dans l'acte d'accusation modifié, il est allégué qu'Amir Kubura a pris le commandement par intérim de la 7e brigade musulmane de montagne du 3e corps de l'ABiH, le 1er avril 1993. Au paragraphe 58, il est accusé d'être « pénalement responsable des crimes commis par les membres de la 7e brigade musulmane de montagne du 3e corps de l'ABiH avant sa nomination le 1er avril 1993 [...]. Amir Kubura savait ou avait des raisons de savoir que ces crimes avaient été commis. Après avoir pris le commandement, Amir Kubura était dans l'obligation d'en punir les auteurs⁴² ». Sa responsabilité en tant que supérieur hiérarchique est ainsi mise en cause à raison d'infractions commises ou ayant commencé plus de deux mois avant qu'il prenne le commandement des soldats le 1er avril 1993⁴³.

39. Au chef 1, il est accusé d'être responsable en tant que supérieur hiérarchique des meurtres, entre autres faits, commis à Dusina dans la municipalité de Zenica le 26 janvier 1993⁴⁴. Au chef 4, il est accusé d'être responsable en tant que supérieur hiérarchique des traitements cruels infligés par ses subordonnés aux prisonniers de l'école de musique de Zenica du 26 janvier 1993, ou vers cette date, à janvier 1994, au moins. Aux chefs 5 et 6, il est tenu responsable en tant que supérieur hiérarchique des destructions arbitraires et des pillages de biens qui auraient été perpétrés, entre autres, à Dusina en janvier 1993. À l'exception du chef 4, toutes les accusations portent sur des faits qui ont commencé et pris fin avant que Kubura prenne le commandement des soldats qui auraient pris part à ces faits. Le chef 4 couvre, quant à lui, des faits qui ont commencé avant qu'il devienne commandant, mais qui se sont poursuivis après sa prise de fonction.

40. Ainsi, il s'agit de déterminer si un supérieur hiérarchique peut être tenu responsable d'actes commis par des subordonnés avant qu'il prenne ses fonctions.

41. Les Appelants affirment que, par principe, rien dans le droit conventionnel ou coutumier ne permet de retenir la responsabilité pénale d'un supérieur hiérarchique du fait d'actes commis par des personnes qui n'étaient pas ses subordonnés au moment où elles ont commis les faits incriminés⁴⁵. Ils font valoir qu'aux termes de l'article 7 3) du Statut, un accusé doit être le supérieur hiérarchique du subordonné au moment où celui-ci commet l'infraction⁴⁶. Ils affirment qu'une décision rendue au mépris de ce qui ressort de la pratique serait lourde de conséquences dans la mesure où n'importe quel supérieur qui aurait exercé un contrôle effectif sur les auteurs de crimes des mois, voire des années, après que ces crimes ont été commis pourrait être tenu pénalement responsable de ne pas avoir puni ces personnes⁴⁷. Il y a lieu de poursuivre le supérieur qui exerçait un contrôle effectif sur les auteurs des crimes au moment où ils ont été commis, et qui ne les a pas empêchés ou n'en a pas puni les auteurs⁴⁸.

42. L'appelant Kubura soutient également, premièrement, que si l'on avait envisagé de tenir des supérieurs hiérarchiques responsables d'actes commis par des auteurs devenus après coup leurs subordonnés, cette forme de responsabilité aurait été expressément prévue à l'article 7 3) du Statut⁴⁹. Deuxièmement, l'article 86 2) du Protocole additionnel I (ainsi que le Commentaire du Comité international de la Croix-Rouge sur cette disposition) ne prévoit pas la responsabilité de supérieurs du fait d'infractions commises avant qu'ils prennent leurs fonctions, mais met l'accent sur l'existence du lien de subordination au moment de la commission des infractions⁵⁰. Troisièmement, la jurisprudence du Tribunal international, consacrée dans le Jugement et l'Arrêt *Celebici*, ainsi que dans le Jugement *Kordic*, confirme que le lien de subordination doit exister au moment de l'infraction⁵¹. Quatrièmement, l'article 28 1) a) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale limite la responsabilité des supérieurs au moment où les infractions ont été commises⁵². Cinquièmement, aucune disposition des législations ou

des codes militaires nationaux ne prévoit qu'un supérieur, dans un conflit armé interne, soit tenu responsable d'infractions commises par des personnes devenues après coup ses subordonnés⁵³.

43. Dans le mémoire qu'elle a déposé devant la Chambre de première instance, l'Accusation cite le Jugement *Kordic* dans lequel il est dit :

Le devoir de punir intervient bien évidemment après la commission du crime. Les personnes qui prennent le commandement après la commission du crime ont la même obligation de punir. Cette obligation impose pour le moins d'enquêter sur les crimes, d'établir les faits et de transmettre un rapport aux autorités compétentes si le supérieur n'est pas habilité à prendre lui-même des sanctions⁵⁴.

L'Accusation affirme ensuite que « l'élément essentiel à déterminer n'est donc pas *qui* exerçait le commandement au moment du crime, mais plutôt *à quel moment* le supérieur a eu connaissance du crime et n'a pourtant pas pris les "mesures raisonnables et nécessaires" pour punir la violation⁵⁵ ». En outre, « l'Accusation entend établir que les soldats placés sous le commandement d'Alagi [*sic*] à partir d'avril 1993 avaient commis des crimes restés impunis⁵⁶ ». Les traitements cruels allégués aux chefs 3 et 4 de l'acte d'accusation modifié ont commencé avant que Kubura prenne le commandement, mais ils ont continué après sa prise de fonctions⁵⁷. Enfin, l'Accusation soutient que « le fait qu'aucun tribunal n'ait déclaré un supérieur coupable de ne pas avoir puni ses subordonnés pour des actes qu'ils avaient commis avant qu'il devienne leur commandant n'empêche pas de poursuivre un accusé sur cette base⁵⁸ ».

44. Pour déterminer si un supérieur peut être tenu responsable des crimes commis par un subordonné avant l'existence du lien de subordination, la Chambre d'appel fait observer que l'approche du Tribunal a toujours été de ne pas se fonder uniquement sur l'interprétation du Statut pour établir le droit applicable en matière de responsabilité pénale, mais de s'assurer de l'état du droit coutumier en vigueur à l'époque où les crimes ont été commis⁵⁹.

45. Concernant le cas particulier posé en l'espèce, aucune pratique ne peut être invoquée, et il n'existe pas davantage de preuve d'une *opinio juris* qui confirmerait qu'un supérieur hiérarchique peut être tenu responsable de crimes commis par un subordonné avant l'existence du lien de subordination.

46. De fait, il existe des indications militant contre l'existence d'une règle coutumière établissant cette forme de responsabilité pénale. Par exemple, l'article 28 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale dit ceci :

a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances [du moment], aurait dû savoir, que ces forces *commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et*

ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.⁶⁰

Aux termes du Statut de Rome, un supérieur hiérarchique ne peut donc être tenu responsable que s'il savait ou aurait dû savoir que ses subordonnés commettaient des crimes ou allaient les commettre. Cette formulation exclut nécessairement qu'un supérieur hiérarchique soit tenu pénalement responsable de crimes commis par un subordonné avant qu'il l'ait personnellement sous son commandement.

47. Le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 (Protocole I) fournit un autre exemple. L'article 86 2) du Protocole I dit ceci : « Le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction ». Tel qu'il est formulé, l'article envisage également le cas où une infraction est en train d'être commise ou sur le point de l'être ; les infractions commises avant que le supérieur devienne le commandant de l'auteur des faits incriminés sont exclues du champ d'application de l'article.

48. Dans son rapport sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai-26 juillet 1996)⁶¹, la Commission du droit international a déclaré que « SiCe principe de la responsabilité pénale individuelle qui veut qu'un commandant militaire soit tenu responsable du fait qu'il a omis d'empêcher ou de réprimer le comportement illicite de ses subordonnés est développé à l'article 86 du Protocole additionnel I ». De même, la Chambre d'appel dans l'Arrêt *Celebici*, a déclaré que « le crime fondé sur la responsabilité du supérieur n'est défini que par l'article 86 2) du Protocole⁶² ».

49. Il convient également de citer l'article 6 du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté par la Commission du droit international à sa quarante-huitième session, qui se lit ainsi :

Le fait qu'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a été commis par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale, s'ils savaient, ou avaient des raisons de savoir, *dans les circonstances du moment*, que ce subordonné *commettait ou allait commettre* un tel crime et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer ce crime⁶³.

Une fois encore, l'accent est mis sur l'existence du lien de subordination au moment où le subordonné commettait ou allait commettre un crime. Les crimes commis par un subordonné avant que son supérieur prenne le commandement sont manifestement exclus.

50. On peut également examiner l'affaire *Kuntze*⁶⁴ portée devant les tribunaux militaires de Nuremberg. La Chambre d'appel considère que cette affaire donne également à penser qu'il n'existerait pas de règle coutumière établissant une responsabilité du supérieur hiérarchique à raison de crimes commis par ses subordonnés avant qu'il les ait sous son commandement⁶⁵, et que cette affaire ne saurait manifestement pas être invoquée à l'appui de la thèse contraire.

51. Ayant examiné les sources précitées, la Chambre d'appel conclut qu'un supérieur ne peut être accusé, sur la base de l'article 7 3) du Statut, de crimes commis par un subordonné avant qu'il l'ait sous son commandement. Elle est consciente qu'il peut exister différentes opinions sur la question. Elle estime toutefois que ce Tribunal ne peut déclarer un accusé pénalement responsable que si le comportement criminel qui lui est reproché était clairement établi en droit international coutumier au moment où les faits incriminés se sont produits⁶⁶. En cas de doute, on ne saurait conclure à la responsabilité pénale, ce qui permet de garantir pleinement le respect du principe de légalité.

52. La Chambre d'appel a soigneusement examiné les opinions dissidentes pénétrantes des Juges Shahabuddeen et Hunt. Elle partage des positions communes avec les Juges minoritaires, concernant notamment plusieurs observations générales formulées par le Juge Hunt au début de son opinion dissidente, sur la nature des règles du droit coutumier – relevant, par exemple, que le droit international coutumier, comme la *common law*, peuvent évoluer avec le temps et que des règles, clairement établies, peuvent s'appliquer à de nouvelles situations factuelles relevant clairement du champ d'application de ces règles⁶⁷. Il en va tout autrement s'il s'agit d'étendre un principe coutumier existant pour établir une responsabilité pénale à raison d'un comportement ne relevant pas du champ d'application du principe établi. Déterminer si le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique s'applique dans le cas de crimes commis avant que le supérieur prenne le commandement est une question de droit difficile, et des juges raisonnables peuvent certainement en débattre. Mais affirmer, comme ils y sont conduits dans leurs opinions dissidentes, qu'un manquement aux obligations imposées en pareil cas, entraîne *clairement* une responsabilité pénale individuelle en application du principe existant, semble intenable. Il est banal d'observer qu'en droit international pénal, la mise en cause d'une responsabilité pénale doit se fonder sur un principe de droit coutumier, positif et solidement établi. Il revient aux Juges de montrer dans leurs opinions dissidentes que pareil fondement existe, et non à la Chambre d'appel de démontrer le contraire.

53. Il est significatif que dans leurs opinions dissidentes, les Juges ne mentionnent pas le moindre passage, direct et explicite, tiré d'un manuel militaire ou de son commentaire, d'une décision de jurisprudence ou des nombreuses sources traitant abondamment de la question, donnant à penser que le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique établi en droit coutumier, impose qu'un supérieur soit tenu pénalement responsable des crimes commis par ses subordonnés avant qu'il prenne ses fonctions. Sur ce point, les opinions minoritaires viennent renforcer la position de la Chambre d'appel. Bien que, comme le relèvent les Juges, certains manuels contiennent des passages formulés de manière suffisamment générale pour inclure une responsabilité résultant de l'obligation de punir aussi bien les crimes commis pendant le commandement qu'avant celui-ci, aucun de ces textes ne confirme directement que le supérieur peut être tenu responsable dans le deuxième cas. Parallèlement, bien entendu, d'autres manuels et d'autres instruments, tout particulièrement le Protocole additionnel I en son article 86 et le Statut de Rome de la CPI, adoptent une position contraire. Par exemple, le Manuel sur le droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique du Ministère canadien de la défense prévoit que « [l]es supérieurs sont coupables d'une infraction s'ils savaient, ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que leur subordonné *commettait ou allait commettre* une telle infraction au [droit des conflits armés], et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction⁶⁸ ». Le manuel se réfère, en le citant, à l'article 28 du Statut de Rome⁶⁹. De même, aux États-Unis, le Manuel du commandant sur le droit des opérations navales prévoit de tenir responsable un supérieur hiérarchique qui « s'abstient d'exercer dûment son autorité de supérieur ou s'abstient autrement de prendre des mesures raisonnables pour révéler et réprimer les violations qui *peuvent* se produire⁷⁰ ». Alors qu'ils affirment dans leurs opinions dissidentes qu'il est important de lire l'article 86 du Protocole additionnel I en conjonction avec son article 87, les Juges omettent de reconnaître que c'est à l'article 86 2) – consacrant l'opinion de la Chambre d'appel sur le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique – qu'est expressément énoncée la responsabilité individuelle des supérieurs du fait de leurs subordonnés, alors que l'article 87 traite des obligations des États parties. L'adoption par la Conférence de Rome en 1998, du texte énoncé à l'article 28, même si elle ne permet en aucun cas de trancher juridiquement de manière concluante la question dont la Chambre est saisie, jette au moins un sérieux doute sur l'opinion dissidente adoptée par les Juges. (Le fait que le Statut de Rome soit le fruit d'un certain nombre de compromis entre les États parties qui l'ont rédigé et adopté n'enlève rien à la portée de cet instrument⁷¹. Il en va de même de la plupart des principaux traités multilatéraux.)

54. Dans leurs opinions dissidentes, les Juges affirment que, pour diverses raisons, les sources invoquées

par la Chambre d'appel dans sa décision n'étaient pas ses conclusions. Avec tout le respect qui leur est dû, en supposant même pour les besoins de la discussion que les critiques qu'ils formulent soient fondées, l'absence de source indiquant que le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique ne s'applique pas aux crimes commis avant la prise de commandement ne permet pas de conclure que cette forme de responsabilité pénale existe. La Chambre d'appel aurait abouti à une conclusion identique même si elle n'avait pas trouvé la moindre source indiquant expressément que sa position était exacte.

55. N'ayant découvert dans la pratique et *l'opinio juris* des États aucun élément pertinent à l'appui de leur position, les Juges dans leurs opinions dissidentes se fondent sur une interprétation large de sources conventionnelles qui ne traitent pas expressément de la responsabilité du fait de crimes commis avant qu'un supérieur hiérarchique prenne le commandement. Cette méthode laisse à désirer. Premièrement, elle s'écarte de la jurisprudence constante du Tribunal, laquelle exige que la responsabilité pénale soit fondée non seulement sur le Statut mais aussi sur des principes solidement ancrés dans le droit coutumier. Deuxièmement, donner à des textes sur la responsabilité du supérieur hiérarchique une interprétation obligeant celui-ci à punir, après coup, des crimes qui ont été commis avant qu'il prenne le commandement est à la fois paradoxal et contraire au sens même de la responsabilité du « commandement ». Bien que l'on puisse dissocier les devoirs d'un supérieur hiérarchique, d'une part, prévenir les crimes et, d'autre part, en punir les auteurs, chacune de ces obligations commence et s'éteint avec l'exercice du commandement. Troisièmement, une interprétation extensive des textes de droit pénal enfreint le principe de légalité, largement reconnu comme une norme impérative du droit international, et porte donc atteinte aux droits de l'accusé⁷².

56. Conscients de ces difficultés, les Juges minoritaires semblent dire que la responsabilité pénale d'un supérieur hiérarchique découlant son obligation de punir les crimes commis avant qu'il prenne son commandement fait partie intégrante *ab initio* du principe de droit coutumier consacrant la responsabilité du supérieur hiérarchique, et que le reste ne relève que de l'application du droit aux faits. Il est tout simplement fallacieux de tirer argument de la préexistence d'une conception aussi large du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Le fait de se fonder sur une telle proposition, sans qu'elle soit étayée en droit coutumier, ne remédie pas au fait que les Juges minoritaires ne se sont pas acquittés de la tâche qui leur incombait, à savoir démontrer qu'un tel principe existait en droit international positif.

IV. DISPOSITIF

57. Par ces motifs, la Chambre d'appel, à l'unanimité, rejette l'appel pour ce qui est du premier moyen et l'accueille, à la majorité (les Juges Shahabuddeen et Hunt joignant l'exposé de leurs opinions dissidentes), pour ce qui est du deuxième moyen.

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

Le Président de la Chambre d'appel

Theodor Meron

Le Juge Shahabuddeen joint une opinion partiellement dissidente. Le Juge Hunt joint une opinion individuelle et partiellement dissidente.

Fait le 16 juillet 2003,
La Haye (Pays-Bas)

[Sceau du Tribunal]**OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE DU JUGE SHAHABUDDEEN**

1. Je souscris à la décision de la Chambre d'appel selon laquelle, à l'époque des faits reprochés aux accusés, le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique s'appliquait, en droit international coutumier, aux conflits armés internes. Je déplore toutefois que la Chambre ait conclu qu'il ne s'appliquait pas à un commandant pour des crimes commis par ses subordonnés avant sa prise de fonctions en dépit du fait qu'il avait connaissance de ces crimes ou avait des raisons d'en être informé. J'explique pourquoi dans la présente opinion.

A. Aucun précédent ne traite de cette question

2. On a fait valoir qu'on ne connaissait pas de cas où un commandant a été tenu responsable, en tant que supérieur hiérarchique, des actes commis par ses subordonnés avant sa prise de fonctions. Et c'est vrai. Si cet élément était décisif, il conviendrait de faire droit à l'appel sur ce point, comme l'a conclu la majorité. Mais peut-être convient-il d'examiner cette question plus avant.

3. Dans l'affaire des otages, évoquant les actes commis par la 217^e division d'infanterie avant son placement sous le commandement du général de corps d'armée Kuntze pendant la Deuxième Guerre mondiale, le tribunal militaire américain V, siégeant en vertu de la Loi du Conseil de contrôle n° 10 a déclaré que « ces actes ne peuvent être mis à la charge de l'accusé⁷³ ». Cette observation peut vouloir dire que le simple fait que les crimes ont été commis avant que le nouveau commandant ne prenne ses fonctions suffit pour écarter sa responsabilité de supérieur hiérarchique et ce, même s'il savait ou avait des raisons de savoir que les crimes avaient été commis et s'il n'a pris aucune mesure corrective. Mais sa pertinence est sapée par le fait que, selon moi, l'accusé était mis en cause dans l'acte d'accusation pour des actes équivalents aux crimes visés à l'article 7 1) du Statut du Tribunal concernant des questions distinctes de la responsabilité du supérieur hiérarchique⁷⁴.

4. L'acte d'accusation établi contre Kuntze avait d'ailleurs une portée large. Par exemple, au chef 1, Kuntze et d'autres hommes étaient accusés d'avoir

illégalement, délibérément et sciemment commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, tels que définis à l'article II de la Loi du Conseil de contrôle n° 10, en tant qu'auteurs principaux et complices du meurtre de centaines de milliers de civils grecs, yougoslaves et albanais. Les accusés ont ordonné et aidé ces meurtres ; ils ont volontairement joué un rôle dans ces actes, en s'associant à des plans et entreprises à cet effet et en appartenant à des organisations ou des groupes y participant. Les troupes des forces armées allemandes qui ont perpétré ces actes relevaient du commandement et de l'autorité des accusés, leur rendaient compte et agissaient sur des ordres qu'ils avaient donnés, signés et transmis⁷⁵.

Mais, aussi larges soient-ils, et nonobstant la référence au « commandement » et à la « l'autorité », ces termes semblaient insuffisants pour justifier une accusation fondée sur la responsabilité du supérieur hiérarchique : ils indiquaient que Kuntze se serait rendu coupable de certaines choses (par des omissions ou par des actes), et non qu'il aurait fait fi de sa responsabilité de contrôler ses troupes. En revanche, dans l'affaire *Yamashita*, l'accusé était mis en cause sur la base d'une accusation distincte fondée sur la responsabilité du supérieur hiérarchique selon laquelle il avait « illégalement négligé et omis d'assumer son devoir de commandant de contrôler les opérations auxquelles participaient les personnes placées sous son commandement, en leur permettant de commettre des atrocités brutales et d'autres crimes graves (...), violant ainsi les lois de la guerre⁷⁶ ».

5. La jurisprudence à l'époque de l'affaire *Kuntze* révèle une certaine fluidité : il pourrait y avoir des références à la responsabilité du supérieur hiérarchique, mais seulement à l'appui du fait que le procès concerne un autre crime impliquant une responsabilité directe⁷⁷. Ainsi, le jugement rendu dans cette affaire indiquait que des rapports avaient été faits à Kuntze, qui n'avait pris aucune mesure corrective⁷⁸ ; en effet, des conclusions ont été tirées sur ce point. Mais on n'y a vu là que des preuves de son acquiescement ou d'une autre forme de participation aux actes en cause.

6. Dans l'affaire du Haut commandement, les juges ont également estimé que les actes de subordonnés commis avant que le général Hoth ne prenne le commandement ne pouvaient pas lui être reprochés ; mais ce dernier était accusé d'avoir « commis des crimes (...) [en ce qu'il avait] participé à la perpétration d'atrocités et d'infractions (...)»⁷⁹. Tout comme Kuntze, Hoth n'a pas été mis en cause pour un crime distinct qui correspondait à une accusation fondée sur la responsabilité du supérieur hiérarchique au regard de l'article 7 3) du Statut du TPIY ; il était certes fait référence à des éléments constitutifs de ce type de responsabilité⁸⁰, mais les crimes dont Hoth a été accusé étaient différents.

7. Selon moi, on ne saurait se fonder sans risque sur les affaires *Kuntze* et *Hoth* pour étayer la thèse selon laquelle un commandant ne peut en aucun cas être tenu responsable en tant que supérieur hiérarchique pour des actes commis par ses subordonnés avant sa prise de fonctions. Cependant, si aucun précédent ne peut être invoqué à l'appui de cette thèse, il faut aussi admettre qu'il n'en existe aucun cautionnant la thèse opposée. Dès lors, que peut-on faire ?

B. Pour trancher cette question, il faut interpréter le principe existant de la responsabilité du supérieur hiérarchique et déterminer s'il s'applique à l'espèce

8. En l'absence de tout précédent en la matière, il ne reste d'autre conclusion que la suivante : établie par la pratique des États et *l'opinio juris*, la responsabilité du supérieur hiérarchique faisait partie du droit international coutumier. Le principe ainsi établi n'existait pas à l'état brut : il avait diverses ramifications. Qu'est-ce qui empêche le Tribunal d'en tenir compte ?

9. Il n'est pas question que le Tribunal ait le pouvoir de modifier le droit international coutumier, qui dépend de la pratique des États et de *l'opinio juris*. Si celles-ci ont établi un principe pertinent en droit international coutumier, la solution repose sur ce principe⁸¹. Mais toute démarche prospective n'est pas exclue : un principe peut devoir être interprété avant d'être appliqué. Il est en effet accepté dans la jurisprudence du Tribunal que celui-ci puisse apporter des éclaircissements sur les éléments constitutifs d'un crime donné⁸². Lorsqu'il apporte des éclaircissements, le Tribunal est habilité, comme toute juridiction l'est inévitablement, à interpréter un principe juridique établi et à rechercher si, ainsi interprété, il s'applique à la situation particulière dont il est saisi. En effet, une juridiction amenée à appliquer un principe part de l'idée, expresse ou implicite, selon laquelle ce principe a un certain sens, si évident soit-il⁸³. À mon avis, le droit international coutumier part quant à lui de l'idée selon laquelle lorsqu'un organe international est établi pour exercer un pouvoir judiciaire, il correspond à la conception fondamentale que les États se font généralement d'une juridiction ; il est donc habilité à interpréter un principe juridique et à déterminer si la situation particulière dont il est saisi relève de ce principe ainsi interprété. Cette compétence est indissociable de la fonction judiciaire ; elle n'invite pas à ouvrir de nouvelles brèches mais, dans des limites imposées, elle doit s'exercer.

10. En somme, le Tribunal doit reconnaître que la pratique des États et *l'opinio juris* ont établi le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit international coutumier. Quoi qu'il en soit, dans aucune instance il n'y a eu lieu jusqu'à présent de déterminer si cette responsabilité s'étendait aux actes commis par un subordonné avant la prise de fonctions par le commandant. Cela ne signifie pas pour autant que le principe établi ne peut pas régir pareille situation et si en fait il le peut, il doit alors primer. En

agissant de la sorte, la Chambre d'appel ne modifiera pas le droit international coutumier, mais elle réalisera son but véritable en interprétant et appliquant un de ses principes établis.

11. Pour ce qui est des principes d'interprétation à prendre en compte, je crois comprendre que les Appelants soutiennent qu'il ne faut pas interpréter le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique⁸⁴ à la lumière du critère de l'objet et du but mentionné dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Toutefois, puisque ce principe est énoncé dans certains textes à caractère conventionnel, notamment aux articles 86 et 87 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, il est permis, dans le cas où cela s'impose, de recourir à toute interprétation fondée sur l'objet et le but des dispositions énonçant ce principe. Il convient de signaler que la Convention de Vienne a été utilisée pour interpréter l'article 86 2) du Protocole⁸⁵.

12. Il est dit au paragraphe 120 de l'appel interlocutoire⁸⁶ qu'« en cas de doute en droit, l'interprétation doit être en faveur de l'accusé ». Selon moi, les injonctions de la maxime *in dubio pro reo* (le doute profite à l'accusé) et du principe connexe de l'interprétation stricte en matière pénale influent sur le résultat auquel conduit une méthode d'interprétation donnée mais ne dictent pas nécessairement le choix de la méthode. En l'espèce, celui-ci est régi par les règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. C'est seulement si l'application de cette méthode fait naître un doute que ne peuvent suffire à dissiper les dispositions de la Convention — ce qui est improbable — que la maxime s'applique de façon à privilégier le sens le plus favorable à l'accusé⁸⁷. À mon avis, ça n'est pas le cas en l'espèce : il ne subsiste aucun doute.

13. Je tiens aussi compte à cet égard de l'argument selon lequel un tribunal ne peut tirer de conclusion que par voie de conséquence nécessaire. Ce critère est pertinent pour déterminer si la pratique des États et *l'opinio juris* ont établi un certain principe. Mais, une fois qu'on a admis cela, toute interprétation d'un document à caractère conventionnel qui énonce ce principe doit se faire à la lumière du critère de l'objet et du but mentionné dans la Convention de Vienne. C'est là une chose différente que de dire que l'interprétation doit se faire par voie de conséquence nécessaire.

14. De ce point de vue, l'argument selon lequel un nouveau commandant est également responsable des crimes commis par des subordonnés avant sa prise de fonctions, s'il est informé de ces crimes ou a des raisons de l'être, semble solide. Dans le cas contraire, ces crimes ne relèveraient de la compétence de personne. Ils pourraient avoir été commis très peu de temps avant la prise de fonctions du nouveau commandant (voire la veille) mais après le départ de tous ceux exerçant des fonctions de commandement ; en revanche, selon les Appelants, le nouveau commandant n'est en aucun cas tenu d'agir même s'il sait que l'ancien chef pensait engager une procédure fût-il resté en fonction. Cette vision des choses ne concorde pas avec la notion de commandement responsable sur laquelle repose le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique, ni avec l'idée connexe selon laquelle le pouvoir de punir devrait toujours être susceptible de s'exercer.

15. Ces conséquences entrent en conflit avec l'objet et le but des dispositions pertinentes du Protocole I. Bien que, comme on le verra au paragraphe 16 *infra*, il soit inutile de prouver l'existence d'un lien de causalité, ce critère viserait notamment à éviter la perpétration d'autres crimes par les subordonnés d'un nouveau commandant qui pourrait sembler les encourager⁸⁸ en ne prenant aucune mesure au sujet des crimes qu'ils ont commis avant son arrivée mais dont il est informé ou a des raisons de l'être. J'ajouterai qu'à l'argument selon lequel quelqu'un d'autre pourrait agir, on peut répondre que le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique pourrait fort bien s'appliquer à plusieurs personnes simultanément⁸⁹.

16. L'argument des Appelants selon lequel il est nécessaire qu'un accusé occupant un poste de supérieur

hiérarchique exerce le commandement quand un crime est commis par ses subordonnés présuppose que le supérieur est en mesure d'empêcher le crime. Selon eux, il faudrait prouver l'existence d'un lien de causalité entre le fait que le commandant n'a pas exercé ses pouvoirs et la perpétration du crime par le subordonné. Rien n'exige pareille preuve, certainement pas lorsque l'accusé est mis en cause pour n'avoir pas puni un crime déjà commis⁹⁰. Dans ce dernier cas, il n'y a pas, parce qu'il ne peut pas y en avoir, de lien de causalité entre le fait que le commandant n'a pas exercé son pouvoir et le crime déjà commis.

17. Le pouvoir de sanctionner dépend de la capacité du commandant d'exercer un contrôle effectif⁹¹. Il me semble que les Appelants ne remettent pas cela en cause. En fait, ils posent la question de savoir qui sont les dépositaires du contrôle effectif. On ne peut pas répondre à cette question simplement en considérant la nature du contrôle effectif ; de l'avis des Appelants, il faut consulter la pratique des États et *l'opinio juris*. Selon eux, celles-ci montrent qu'un nouveau commandant n'exerce aucun contrôle effectif en ce qui concerne un crime commis antérieurement par son subordonné. Au vu de ce qui précède et de l'approche que j'ai adoptée, je rejette cet argument. Un nouveau commandant peut exercer un contrôle effectif pour sanctionner un crime commis par son subordonné avant qu'il ait lui-même pris ses fonctions.

C. Les textes pertinents interprétés correctement appuient cette conclusion ; dans le cas contraire, ils ne font pas autorité

18. Le Rapport de la Commission du droit international⁹² sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai-26 juillet 1996) traite du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Comme la Chambre d'appel le rappelle au paragraphe 49 de sa décision, l'article 6 du Projet de code est ainsi libellé :

Le fait qu'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a été commis par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale, s'ils savaient, ou avaient des raisons de savoir, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre un tel crime et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer ce crime.

19. Puis, il y a l'article 28 du Statut de 1998 de la Cour pénale internationale, mentionné au paragraphe 46 de la décision de la Chambre d'appel. Au paragraphe 1 de cet article, il est fait référence à la responsabilité de supérieur hiérarchique d'un commandant dans les cas où :

a) [c]e chef militaire [...] savait, ou, en raison des circonstances [*circumstances at the time*], aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes, et

b) [c]e chef militaire [...] n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquêtes et de poursuites.

20. Ces textes pourraient signifier que la responsabilité de supérieur hiérarchique d'un nouveau commandant ne saurait être engagée pour des actes commis par ses subordonnés avant sa prise de fonctions, comme le donnerait à penser l'expression « les circonstances du moment ». Cela étant, il convient de prêter attention aux formules « que ce subordonné commettait ou allait commettre un tel crime », à l'article 6 du Projet de code, et « que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes » à l'article 28 1) a) du Statut de la Cour pénale internationale, qui sembleraient quant à elles exclure jusqu'aux crimes commis par des subordonnés après l'entrée en fonction du commandant et dont celui-ci n'a ou n'a dû avoir connaissance qu'après leur perpétration ; ce cas de figure ne concorde guère avec la théorie selon laquelle la responsabilité de supérieur hiérarchique d'un commandant est engagée au moins en ce qui concerne les actes commis par ses subordonnés après sa prise de fonctions. Si cette situation est omise dans les textes en question, cela ne signifie pas qu'elle échappe à la sanction du droit international coutumier ; elle continuerait en effet d'être régie par le principe général de la responsabilité

du supérieur hiérarchique établi par ce droit. En fait, comme on le verra au paragraphe 38 *infra*, il ne faut pas considérer que ces textes expriment de façon exhaustive les dispositions du droit international coutumier en la matière.

21. Il faut bien entendu accorder du poids à ces textes qui représentent le droit international coutumier tel qu'il existait lors de leur adoption. Mais, puisqu'ils ont été adoptés après la rédaction du Statut du Tribunal et la perpétration par des subordonnés des actes allégués en l'espèce, ils ne semblent pas traduire l'état du droit international coutumier à cette époque avec la même autorité que les dispositions antérieures des articles 86 et 87 du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949. Ces dispositions, partiellement reprises au paragraphe 47 de la décision de la Chambre d'appel, sont libellées comme suit :

Article 86

1. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent réprimer les infractions graves et prendre les mesures nécessaires pour faire cesser toutes les autres infractions aux Conventions ou au présent Protocole qui résultent d'une omission contraire à un devoir d'agir.

2. Le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, *dans les circonstances du moment*, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction⁹³.

Article 87

1. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent charger les commandants militaires, en ce qui concerne les membres des forces armées placés sous leur commandement et les autres personnes sous leur autorité, d'empêcher que soient commises des infractions aux Conventions et au présent Protocole et, au besoin, de les réprimer et de les dénoncer aux autorités compétentes.

2. En vue d'empêcher que des infractions soient commises et de les réprimer, les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent exiger que les commandants, selon leur niveau de responsabilité, s'assurent que les membres des forces armées placés sous leur commandement connaissent leurs obligations aux termes des Conventions et du présent Protocole.

3. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent exiger de *tout commandant qui a appris que des subordonnés* ou d'autres personnes sous son autorité vont commettre ou *ont commis une infraction aux Conventions ou au présent Protocole* qu'il mette en oeuvre les mesures qui sont nécessaires pour empêcher de telles violations des Conventions ou du présent Protocole et, lorsqu'il conviendra, prenne l'initiative d'une action disciplinaire ou pénale à l'encontre des auteurs des violations⁹⁴.

22. L'article 86 2) du Protocole I contient les mots « dans les circonstances du moment ». On pourrait donc faire valoir qu'il en ressort que la responsabilité d'un nouveau commandant est exclue pour les actes antérieurs de ses subordonnés. Mais il convient également d'examiner l'article 87 3) : il vise les « subordonnés [qui] [...] ont commis une infraction [...] ». Ces termes révèlent une sphère de responsabilité plus vaste que celle envisagée par l'article 86 2), par les dispositions de l'article 6 du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ou par l'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale.

23. On pourrait objecter que le membre de phrase cité ne vise pas forcément les « subordonnés [qui] [...] ont commis une infraction » avant que le lien de subordination soit établi ; mais là n'est pas son sens littéral et ordinaire exact. Pour déterminer son sens exact, on peut recourir à l'objet et au but de l'article, ou plus particulièrement à la règle énoncée par l'article 31 1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui précise qu'un « traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux

termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »⁹⁵. Il ne fait dès lors aucun doute qu'une infraction tombe sous le coup de l'article 87 3) même si elle a été commise par un subordonné avant que le commandant ne prenne ses fonctions, si tant est que le commandant était informé de cette infraction ou avait des raisons de l'être.

24. Dans le cas contraire, et comme on l'a déjà vu, il pourrait y avoir une interruption dans la chaîne de responsabilité. L'objet et le but des dispositions pertinentes du Protocole I doivent être de garantir la présence, en toute circonstance, d'une personne ayant pour responsabilité de s'assurer que la perpétration de crimes de guerre par un subordonné ne restera pas impunie. Les rapports sur la perpétration du crime pourraient n'être jamais parvenus au commandant précédent, qui n'aurait donc jamais été en mesure d'exercer le pouvoir de punir le subordonné concerné, et n'être reçus que par le nouveau commandant. Conformément à la notion de commandement responsable, dont découle le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique, le nouveau commandant est investi du pouvoir de punir le subordonné pour le crime ainsi révélé.

25. En outre, selon moi, pour déterminer l'économie générale de l'article 86 du Protocole I, il faut rapprocher cet article de l'article 87 et les considérer comme des éléments à part entière d'un même système. Il est vrai que l'article 87 (à l'instar de l'article 86 1)) s'adressait aux États et aux parties au conflit, mais il n'en est pas moins admissible d'y recourir pour interpréter la portée de l'article 86 2). L'article 87 charge les États de veiller à l'application de certaines règles de conduite militaires par leurs commandants et donne par conséquent des indications de poids sur le type de comportement exigé par l'article 86 2). À mon avis, le membre de phrase « des subordonnés [...] sous son autorité [...] [qui] ont commis une infraction » à l'article 87 3) fait aussi obligation à un nouveau commandant de prendre les mesures nécessaires pour punir un subordonné pour une infraction même s'il l'a commise avant que son nouveau supérieur n'entre en fonction, si tant est, bien entendu, que celui-ci est informé de l'infraction ou a des raisons de l'être. Il faut en tenir compte pour déterminer le champ d'application de l'article 86 2).

26. On peut ajouter qu'en 1956, l'armée des États-Unis, qui n'a pas été la seule à le faire, a adopté dans son manuel intitulé *The Law of Land Warfare* (Le droit de la guerre sur terre) un article en vertu duquel le commandant est responsable lorsque « des troupes ou d'autres personnes sous son contrôle s'appêtent à commettre ou ont commis un crime de guerre et [lorsqu']il ne prend pas les mesures nécessaires et raisonnables pour veiller au respect des dispositions du droit de la guerre⁹⁶ ». Il se peut qu'il existe quelque part des éléments qui indiquent que cette disposition exclut la responsabilité du supérieur hiérarchique pour des crimes antérieurs, mais je ne les ai pas trouvés. Cela étant, il me semble qu'elle n'interdit nullement d'appliquer le membre de phrase « ont commis un crime de guerre » aux crimes de guerre commis avant que le commandant ne prenne ses fonctions si leur auteur devient par la suite son subordonné et s'il est informé des crimes ou a des raisons de l'être.

D. Article 7 3) du Statut du Tribunal

27. Les Appelants ont également présenté une argumentation fondée sur le libellé de l'article 7 3) du Statut du Tribunal :

Le fait que l'un quelconque des actes visés aux articles 2 à 5 du présent statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'appêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs.

La référence dans cette disposition au « fait que l'un quelconque des actes visés aux articles 2 à 5 du présent Statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale [...] » signifie, selon eux, que l'accusé doit nécessairement être le supérieur du subordonné lorsque celui-

ci commet l'infraction, et qu'il n'est donc nullement question d'un nouveau commandant.

28. J'abonde dans le sens de la Chambre de première instance qui, au paragraphe 198 de sa décision, déclare que l'article 7 3) du Statut envisage deux situations. Dans le cas où le commandant savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné commettait ou s'apprêtait à commettre un crime, le lien de subordination existe manifestement au moment des faits. Toutefois, rien n'exige d'établir cette coïncidence lorsque le crime a déjà été commis : l'article évoque le cas du subordonné qui « avait [commis] » l'acte, formulation qui n'est pas reprise exactement ou en des termes équivalents dans certains des textes examinés précédemment. Dans pareille situation, il se peut que coïncident, sans pour autant que cela ne soit nécessaire, le lien de subordination et la perpétration de l'acte. En revanche, ce sont la découverte des faits par le commandant et l'existence d'un lien de subordination qui doivent coïncider.

29. La position adoptée par la Chambre de première instance trouve appui dans le Rapport du Secrétaire général, auquel était joint le projet de Statut du Tribunal et qui a été approuvé par le Conseil de sécurité. Au paragraphe 56 du Rapport portant sur l'article 7 du Statut, le Secrétaire général a déclaré que la « responsabilité implicite » du supérieur « exist[ait] dès lors que la personne en position d'autorité savait ou avait des raisons de savoir que ses subordonnés s'apprêtaient à commettre ou avaient commis des crimes et n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ces crimes soient commis ou punir ceux qui les avaient commis ». Il en ressort qu'aux termes de l'article 7 3) du Statut, le lien de subordination ne doit exister qu'au moment où le supérieur sait ou a des raisons de savoir ; c'est de la conjonction de ces éléments que naît la responsabilité du supérieur hiérarchique. Les cas dans lesquels le subordonné « [a] commis des crimes » avant même l'existence d'un lien de subordination entreraient dès lors en ligne de compte ; autrement dit, il n'est pas nécessaire que la perpétration du crime coïncide avec l'existence du lien de subordination. On peut remarquer que la formulation est en substance la même que celle de l'article 6 3) du Statut du TPIR, y compris en ce qui concerne le subordonné qui « s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait [...] ». Le fait que le Statut impose dans certains cas d'autres obligations que celles fondées sur le droit international coutumier⁹⁷ est sans intérêt dans le contexte qui nous occupe.

30. On peut dire que la question est de savoir si l'article 7 3) du Statut du Tribunal représentait fidèlement le droit international coutumier quand il a été adopté et non ce qu'il signifie en la matière. Mais on aurait tort, pour en juger, de ne pas tenir compte de l'interprétation du droit international coutumier présentée dans les articles du Statut ; il convient de rappeler qu'en adoptant le Statut, le Conseil de sécurité parlait véritablement au nom de pratiquement tous les États et pouvait se prévaloir du consentement qu'ils avaient donné en adhérant à la Charte des Nations Unies.

31. Comme on l'a vu au paragraphe 9 *supra*, la question soulevée ne porte pas sur le pouvoir qu'aurait le Tribunal de modifier le droit international coutumier. Il s'agit uniquement d'établir quel était l'état du droit international coutumier à l'époque où le Conseil de sécurité a adopté le Statut du Tribunal. Sur ce point, si la position du Conseil de sécurité (y compris celle du Secrétaire général) est prise en compte — comme elle doit l'être, selon moi —, la Chambre d'appel ne peut guère douter que l'article 7 3) du Statut, tel qu'on l'a interprété plus haut, énonçait correctement l'état du droit international coutumier en la matière quand le Statut a été adopté. Affirmer le contraire revient à dire que l'article 7 3) était synonyme, au moins en partie, d'excès de pouvoir. L'article est assez clair. Au-delà des termes employés, il convient de reconnaître que c'est la validité de cette disposition qui est véritablement en jeu⁹⁸. Je ne suis pas convaincu qu'elle est dépourvue de validité.

32. La position des Appelants semble influencée par leur conviction que l'article 7 3) du Statut a pour effet, selon eux, de rendre le commandant « coupable d'une infraction commise par d'autres personnes même s'il n'était pas animé de l'élément psychologique applicable et n'a en aucune manière participé à la

réalisation de l'élément matériel⁹⁹ ». On peut sans doute avancer plusieurs arguments à l'appui de cette interprétation de l'article, mais je préfère celle selon laquelle le commandant serait coupable de n'avoir pas pris, en tant que supérieur hiérarchique, les mesures correctives nécessaires après avoir su ou eu des raisons de savoir que son subordonné s'apprêtait à commettre l'acte ou l'avait commis. On ne saurait conclure, à la lumière d'une lecture raisonnable de l'article, que celui-ci a été conçu pour présenter le commandant comme une partie au crime commis en l'occurrence par son subordonné.

33. Sur ce point, on peut à nouveau se reporter au paragraphe 56 du rapport du Secrétaire général, déjà cité en partie au paragraphe 29 *supra*. Voici le texte intégral du paragraphe 56 :

Toute personne en position d'autorité devrait donc être tenue individuellement responsable d'avoir donné l'ordre illégal de commettre un crime au sens du présent Statut. Mais elle devrait aussi être tenue responsable de ne pas avoir empêché qu'un crime soit commis ou de ne pas s'être opposée au comportement illégal de ses subordonnés. Cette responsabilité implicite ou négligence criminelle existe dès lors que la personne en position d'autorité savait ou avait des raisons de savoir que ses subordonnés s'apprêtaient à commettre ou avaient commis des crimes et n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ces crimes soient commis ou punir ceux qui les avaient commis.

Une distinction très prudente est établie entre les affaires dans lesquelles le commandant est pénalement responsable en tant que partie au crime commis par ses subordonnés sur ses ordres et celles dans lesquelles il est pénalement responsable « de ne pas avoir empêché qu'un crime soit commis ou de ne pas s'être opposé au comportement illégal de ses subordonnés », c'est-à-dire de n'avoir pas assumé sa responsabilité de supérieur hiérarchique. Par cette forme de responsabilité, un commandant est pénalement responsable pour n'avoir pas pris de mesures correctives concernant un crime commis par autrui, mais il n'est pas considéré comme partie à ce crime¹⁰⁰. La nature de la responsabilité entre en ligne de compte pour déterminer sa portée.

E. Considérations diverses

34. La tendance révélée par ces opinions confirme la raison pour laquelle les Appelants s'opposent à l'application du critère de l'objet et du but : ils semblent comprendre qu'elle n'appuie pas leur argument selon lequel un nouveau commandant ne doit pas être tenu responsable, en tant que supérieur hiérarchique, de crimes commis par ses subordonnés avant son arrivée mais dont il était informé ou avait des raisons de l'être.

35. Cette tendance concorde également avec l'attitude des Appelants à l'égard du passage tiré du jugement rendu en l'affaire *Kordic* :

Le devoir de punir intervient bien évidemment après la commission du crime. Les personnes qui prennent le commandement après la commission du crime ont la même obligation de punir. Cette obligation impose pour le moins d'enquêter sur les crimes, d'établir les faits et de transmettre un rapport aux autorités compétentes si le supérieur n'est pas habilité à prendre lui-même des sanctions¹⁰¹.

Cette déclaration, qui émane d'une chambre de première instance, a valeur d'opinion incidente, comme l'a reconnu le Procureur¹⁰². Mais le principe qu'elle énonce semble en accord avec les idées fondamentales en la matière. La Défense de Hadzihasanovic a paru le reconnaître.

36. En exposant sa position, la Défense de Hadzihasanovic a affirmé devant la Chambre de première instance que « le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique a pour but d'assurer que les commandants veilleront à ce que les troupes sous leur contrôle effectif mènent leurs opérations en conformité avec la loi, empêchant ainsi des violations d'être commises. Leur responsabilité pénale ne sera engagée que s'ils ne le font pas et si une violation est commise, à moins qu'ils ne punissent les auteurs

après avoir été informés de leur crime¹⁰³ ». Mais, comme la Chambre de première instance l'a fait observer¹⁰⁴, la Défense a poursuivi en ces termes :

En ce sens, ce passage du Jugement Kordic est partiellement exact. Un commandant ne peut fermer les yeux s'il découvre qu'une violation a été commise par un subordonné avant qu'il ne prenne le commandement. S'il ne punit pas le subordonné, le commandant peut être tenu individuellement responsable d'une infraction, mais pas en application du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique puisqu'il n'exerçait aucune responsabilité vis-à-vis de l'auteur lorsque l'infraction a été commise¹⁰⁵.

37. La Défense estime qu'un commandant peut être tenu individuellement responsable d'« une infraction, mais pas en application du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique », mais elle n'apporte aucune explication satisfaisante quant à la nature de l'infraction ou au fondement de la responsabilité si celle du supérieur hiérarchique est exclue. Cette responsabilité est vraisemblablement prévue en droit international pénal ; il est toutefois difficile de discerner le principe précis de ce droit qui l'impose si ce n'est celui de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Selon moi, par cette concession, faite à juste titre mais à contrecœur, la Défense de Hadzihasanovic admet que la responsabilité du supérieur hiérarchique s'applique à un nouveau commandant pour des crimes commis par ses subordonnés avant sa prise de fonctions, crimes dont il est informé ou a des raisons de l'être.

38. À titre subsidiaire, j'estime que les textes étayant la théorie selon laquelle la responsabilité de supérieur hiérarchique d'un commandant ne saurait être engagée pour des actes antérieurs commis par ses subordonnés n'ont simplement pas tenu compte de toutes les conséquences découlant du principe de droit international coutumier que leurs auteurs cherchaient à codifier. La codification d'un principe du droit international coutumier ne se traduit pas nécessairement par sa prise en compte exhaustive¹⁰⁶. Il peut continuer à s'appliquer dans sa plénitude, avec les conséquences qui en découlent ordinairement, nonobstant toute définition plus étroite de son champ d'application que semblent indiquer les instruments de codification.

39. J'aborderai un dernier point : en centrant son analyse sur des remarques fort érudites, la majorité s'estime en mesure de dire qu'il « est banal d'observer qu'en droit international pénal, la reconnaissance de la responsabilité pénale doit se fonder sur un principe de droit coutumier positif et solidement établi¹⁰⁷ ». Elle a raison de qualifier cette observation de banale ; celle-ci l'est tellement que personne n'a songé à la contester. Son objet reste donc un mystère. Comme je l'ai souligné, il n'est pas question de modifier le droit international coutumier. Ce que les juges qui expriment des opinions dissidentes cherchent à montrer, c'est que le fondement requis en droit international coutumier réside dans un de ses principes existants correctement interprété.

40. À ce propos, j'estime que le champ d'application du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit international coutumier peut se déduire de la nature de la responsabilité qu'institue ce droit ou d'une de ses dispositions, y compris un article faisant obligation aux États de veiller à ce que leurs commandants assument les responsabilités qui sont les leurs en vertu de ce droit. Il ne devrait pas être nécessaire d'indiquer que la responsabilité pénale individuelle et la responsabilité des États n'en sont pas pour autant forcément identiques ; cette distinction fondamentale était sous-entendue et reconnue au paragraphe 25 *supra* et point n'est besoin de l'affirmer *urbi et orbi*.

41. Les limites que la modération dicte traditionnellement à un juge de respecter dans ses propos peuvent avoir obscurci mes arguments. En revanche, j'admire la confiance évidente avec laquelle la majorité les a vigoureusement rejetés.

F. Conclusion

42. Une chambre de première instance est habilitée à mettre un terme à la procédure si elle estime qu'il serait injuste de la poursuivre en raison du préjudice causé à la Défense du fait du laps de temps écoulé entre la perpétration des crimes par le subordonné et la date à laquelle le nouveau commandant a pris ses fonctions. Pour statuer sur ce point, la Chambre de première instance peut tenir compte des circonstances du conflit armé et, en particulier, de la rapidité observée dans la rotation du personnel.

43. Sous réserve de cette considération, j'estime qu'en droit international coutumier, en matière de responsabilité du supérieur hiérarchique, un commandant peut être tenu responsable de crimes commis par ses subordonnés avant qu'il ne prenne ses fonctions, si tant est qu'il était informé de ces crimes ou avait des raisons de l'être. Aussi la décision de la Chambre de première instance dans ce sens était-elle fondée. L'appel interlocutoire devrait être rejeté.

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

Mohamed Shahabuddeen

Fait le 16 juillet 2003
La Haye (Pays-Bas)

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit :

M. le Juge Theodor Meron, Président

M. le Juge Fausto Pocar

M. le Juge Mohamed Shahabuddeen

M. le Juge David Hunt

M. le Juge Mehmet Güney

Assistée de : M. Hans Holthuis, Greffier

Décision rendue le : 16 juillet 2003

LE PROCUREUR

c/

**Enver HADZIHASANOVIC
Mehmed ALAGIC
Amir KUBURA**

**OPINION INDIVIDUELLE ET PARTIELLEMENT DISSIDENTE DU JUGE DAVID HUNT
*RESPONSABILITÉ DU SUPÉRIEUR HIÉRARCHIQUE***

Le Bureau du Procureur :**M. Ekkehard Withopf****Les Conseils des accusés :****Mme Edina Residovic et M. Stéphane Bourgon pour Enver Hadzihasanovic
MM. Fahrudin Ibrisimovic et Rodney Dixon pour Amir Kubura**

1. L'article 7 du Statut du Tribunal dispose, dans les parties qui nous intéressent :

**Article 7
Responsabilité pénale individuelle**

1. Quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé aux articles 2 à 5 du présent statut est individuellement responsable dudit crime.

[...]

3. Le fait que l'un quelconque des actes visés aux articles 2 à 5 du présent statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs.

[...]

La responsabilité énoncée dans l'article 7 3) est plus communément appelée « responsabilité du commandement » ou « responsabilité du supérieur hiérarchique », car elle s'applique non seulement aux commandants militaires mais aussi aux dirigeants politiques et aux supérieurs civils dont la position d'autorité est fondée sur l'exercice d'un contrôle effectif, qu'il soit *de jure* ou *de facto*¹⁰⁸.

2. Dans la décision qu'elle a rendue en l'espèce, la Chambre d'appel a examiné deux questions soulevées par les Appelants dans leur exception d'incompétence. Chacune de ces questions porte sur le principe de la responsabilité du commandement ou du supérieur hiérarchique consacré par l'article 7 :

1) le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique s'applique-t-il si le conflit armé au cours duquel les subordonnés du supérieur auraient commis les infractions alléguées revêtait un caractère plutôt interne qu'international, et

2) conformément au même principe, un supérieur peut-il être pénalement responsable lorsque (après avoir pris le commandement) il sait ou a des raisons de savoir que les individus devenus ses subordonnés ont commis des crimes avant qu'il les ait sous son commandement. La Chambre d'appel, à l'unanimité, a répondu par l'affirmative à la première question et, à la majorité, a répondu par la négative à la seconde.

Première question soulevée

3. Pour se prononcer sur cette question, la Chambre d'appel a raisonné de la manière suivante :

a) Il ne fait aucun doute qu'en droit international coutumier

- i) les violations graves du droit international humanitaire commises au cours d'un conflit armé interne entraînent une responsabilité pénale individuelle, et
- ii) le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique s'applique en cas de violations graves du droit international humanitaire commises au cours d'un conflit armé international¹⁰⁹.
- b) Le Tribunal ne peut considérer qu'un principe fait partie du droit international coutumier que s'il est convaincu que la pratique existante des États reconnaît ce principe comme étant juridiquement contraignant (*opinio juris*)¹¹⁰.
- c) Un principe reconnu comme faisant partie du droit international coutumier peut toutefois s'appliquer à une situation nouvelle lorsqu'elle relève raisonnablement du champ d'application de ce principe¹¹¹.
- d) Le droit international coutumier suppose l'existence d'une force militaire organisée, que ce soit dans un conflit armé interne ou international. Une force militaire organisée ne peut exister que sous la conduite d'un commandement responsable. L'existence d'un commandement responsable entraîne la responsabilité du supérieur hiérarchique, qui constitue le moyen le plus efficace pour le droit international pénal d'imposer un commandement responsable¹¹².
- e) Dans le droit international coutumier, il est admis que certains aspects pertinents du droit international régissent la conduite d'un conflit armé interne. L'un de ces aspects pertinents est indiscutablement l'acceptation du fait qu'une force militaire engagée dans un tel conflit est organisée et donc placée sous la conduite d'un commandement responsable. Sauf indication contraire, la pratique des États et *l'opinio juris* correspondantes (relatives à la condition exigeant qu'une force militaire soit organisée), doivent être interprétées dans leur sens ordinaire, à savoir que l'organisation militaire implique un commandement responsable et que le commandement responsable implique à son tour une responsabilité du supérieur hiérarchique¹¹³.
- f) Ainsi, lorsque le droit international coutumier reconnaît qu'un crime de guerre peut être commis par un membre d'une force militaire organisée, il reconnaît également qu'un supérieur hiérarchique est pénalement responsable s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait, et s'il n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir l'auteur¹¹⁴.
- g) Étant donné que le droit international coutumier reconnaît que certains crimes de guerre peuvent être perpétrés par un membre d'une force militaire organisée au cours d'un conflit armé interne, il reconnaît également en conséquence que la responsabilité du supérieur hiérarchique peut être engagée pour ces crimes¹¹⁵.
- h) Compte tenu du fait que cet aspect du droit international coutumier préexistait à la date de perpétration des actes reprochés aux Appelants, il n'y a donc aucune violation du principe de légalité qui dispose qu'une personne ne peut être déclarée coupable d'un crime que si les actes qui lui sont reprochés constituaient une infraction à l'époque à laquelle ils ont été commis (*nullum crimen sine lege*)¹¹⁶.

4. Je souscris pleinement à la conclusion de la Chambre d'appel et au raisonnement qu'elle a suivi pour y aboutir. Il est important, à mon sens, de souligner que l'application d'un principe existant et accepté en droit international coutumier à une situation nouvelle lorsque celle-ci relève raisonnablement du champ d'application de ce principe n'a rien d'inédit. Il a déjà été fait référence à cette démarche dans *le Memorandum of Proposals for the Prosecution and Punishment of Certain War Criminals and Other*

Offenders présenté par les États-Unis aux ministres des affaires étrangères des puissances alliées et à leurs représentants à San Francisco, le 30 avril 1945, puis lors de la Conférence de Londres¹¹⁷ :

L'application du droit SinternationalC peut être inédite car les agissements des Nazis ont été d'une ampleur et d'une cruauté sans précédent. Les principes de base qui devront être appliqués n'ont toutefois rien d'inédit et tout ce que nous avons à faire, c'est de les appliquer de manière raisonnable sur une échelle suffisamment vaste pour faire face à la situation. Le droit international doit évoluer de manière à répondre aux besoins de l'époque au même titre que la *common law* s'est développée, non pas en énonçant de nouveaux principes, mais en adaptant des principes préexistants.

C'est ce raisonnement qui a été ultérieurement suivi dans au moins deux jugements rendus par le Tribunal de Nuremberg. Dans l'affaire *Justice*¹¹⁸, le Tribunal a déclaré¹¹⁹ :

Le droit international n'est pas le produit de textes écrits. Son contenu n'est pas immuable. L'inexistence de toute instance gouvernementale habilitée à édicter des règles positives du droit international n'a pas empêché ce droit de se développer peu à peu. À l'image de la *common law* anglaise, il a évolué pour répondre aux exigences de situations nouvelles.

Dans l'affaire *Krupp*¹²⁰, les accusés, des industriels allemands, ont invoqué l'état de nécessité, arguant qu'ils étaient tenus de remplir les quotas de production industrielle fixés par les autorités et que pour ce faire, il leur était nécessaire de faire travailler les prisonniers de guerre, de recourir à une main d'œuvre non volontaire et aux détenus des camps de concentration. Le Tribunal a admis la possibilité d'invoquer ce moyen de défense à condition qu'il soit démontré que les actes incriminés avaient été accomplis « dans le but d'éviter un danger grave et irréparable », qu'il n'y avait pas « d'autre moyen adéquat de s'y soustraire », que le moyen employé « n'était pas disproportionné par rapport au danger »¹²¹, et que l'état de nécessité pouvait être admis dans le contexte d'un régime de tyrannie et d'oppression. Toutefois, le Tribunal a refusé d'admettre cette cause de justification au regard des faits de l'espèce car les accusés n'avaient pas agi de la sorte contraints et forcés mais animés « d'une volonté active de recourir au travail forcé¹²² ». En acceptant la validité d'un tel moyen de défense, le Tribunal a expressément reconnu qu'il appliquait là un principe de droit existant à une situation nouvelle¹²³ :

Comme le dit l'Accusation, la plupart des cas où ce moyen de défense a été envisagé relevaient de situations telles que celles-ci : deux naufragés tentant de se retenir à un objet flottant ne pouvant supporter le poids que d'un seul d'entre eux ; des passagers jetés par-dessus bord en cas de surcharge d'un canot de sauvetage ; ou la participation à un crime sous la menace immédiate de mort ou d'atteintes graves à l'intégrité physique. Pour autant que nous ayons pu l'établir avec les moyens limités dont nous disposons, son application à une situation factuelle telle que celle évoquée par ces industriels lors des procès de Nuremberg est effectivement inédite.

De même, la Cour suprême d'Israël a fait remarquer par la suite que le droit international coutumier « n'est jamais statique ; il est en constante évolution¹²⁴ ».

5. Je n'ai rien de plus à ajouter pour exprimer mon plein accord avec la conclusion à laquelle est parvenue la Chambre d'appel concernant cette première question, et avec le raisonnement qui y a présidé.

Deuxième question soulevée

6. Pour décider qu'un supérieur hiérarchique *ne* peut être pénalement responsable lorsque (après avoir pris le commandement) il sait ou a des raisons de savoir que les individus devenus ses subordonnés ont commis des crimes avant qu'il prenne ses fonctions, la majorité de la Chambre d'appel a raisonné ainsi :

a) Il n'existe aucune pratique des États ni aucune *opinio juris* relatives à l'application de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans un tel cas, et il n'existait donc à cet égard aucune règle du droit

international coutumier en vigueur à l'époque où les crimes ont été commis¹²⁵.

b) De fait, il existe des indications — et la Chambre d'appel en a cité un certain nombre — militant contre l'existence d'une règle coutumière établissant cette forme de responsabilité pénale¹²⁶.

c) Le Tribunal ne peut déclarer un accusé pénalement responsable que si le comportement criminel qui lui est reproché était clairement établi au moment où les faits incriminés se sont produits. En cas de doute, on ne saurait conclure à la responsabilité pénale, ce qui permet de garantir pleinement le respect du principe de légalité¹²⁷.

7. Je ne puis souscrire ni à la conclusion de la majorité de la Chambre d'appel ni aux deux premières étapes du raisonnement qui y a mené.

a) L'absence de règle en droit international coutumier

8. Dans la démarche que j'ai adoptée pour examiner cette question, je pars du point admis à l'unanimité par la Chambre d'appel concernant la première question. Le droit international coutumier reconnaît qu'un supérieur est pénalement responsable s'il savait ou avait des raisons de savoir que son subordonné s'apprêtait à commettre des actes constitutifs d'un crime de guerre ou l'avait fait, et si le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher de tels actes ou pour en punir l'auteur¹²⁸. Ce principe peut s'appliquer à toute situation relevant raisonnablement de son champ d'application¹²⁹. J'estime, pour ma part, que le cas d'un supérieur qui (après avoir pris ses fonctions) sait ou a des raisons de savoir qu'un individu devenu son subordonné a commis un crime avant qu'il devienne son supérieur relève raisonnablement du champ d'application de ce principe.

9. Ce principe ne saurait se limiter artificiellement à la situation dans laquelle le lien de subordination existait au moment où le subordonné commettait ou s'apprêtait à commettre les actes constitutifs d'un crime de guerre, ou à un moment autre que celui où le supérieur sait ou a des raisons de savoir que le subordonné a commis des actes constitutifs d'un crime de guerre. L'une des raisons en est que la responsabilité pénale du supérieur n'est pas une responsabilité directe du fait des actes de son subordonné. C'est une responsabilité qui découle de ses propres actes (ou plutôt de ses omissions), à savoir de son manquement à l'obligation qui lui est faite de prévenir le crime ou de punir le subordonné lorsqu'il a su ou a eu des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre des actes constitutifs d'un crime de guerre ou l'avait déjà fait¹³⁰.

10. La majorité n'explique pas pourquoi le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique, principe accepté en droit international coutumier, ne peut s'appliquer à cette situation. Elle a préféré examiner d'abord la pratique des États relative à la situation factuelle très spécifique à laquelle le principe pourrait être appliqué, plutôt que de se demander si cette situation factuelle particulière relevait raisonnablement du champ d'application de ce principe. C'est là une approche radicalement différente de celle adoptée à l'unanimité pour ce qui est de la première question soulevée. Dans l'approche unanimement adoptée pour déterminer si le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique s'applique lors d'un conflit armé interne, la Chambre a, inévitablement, ignoré la pratique des États relative à cette situation factuelle particulière. Le droit international coutumier qui fonde ce principe fonde également son application dans cette situation.

11. La majorité de la Chambre d'appel affirme qu'aucune pratique des États ne permet de fonder la responsabilité pénale d'un supérieur n'ayant pas puni un subordonné pour des actes commis avant l'existence du lien de subordination et dont il sait ou a des raisons de savoir uniquement qu'ils ont déjà été commis¹³¹. (Par commodité, nous appellerons ci-après cette situation « la présente situation factuelle ».)

12. J'interprète cette affirmation de la Chambre comme étant fondée sur l'absence de toute référence à la présente situation factuelle dans les manuels militaires et dans les textes similaires. Toutefois, la majorité n'affirme pas que les sources fondant la pratique des États *excluent* la mise en cause de toute responsabilité pénale dans une telle situation. Les manuels militaires sont le plus souvent rédigés en termes assez généraux qui pourraient assurément inclure une situation comme celle qui nous concerne. Voici deux exemples :

i) « The Law of War on Land Being Part III of the Manual of Military Law » (Royaume-Uni, 1958), sous l'intitulé « Responsabilité des commandants pour les crimes de guerre commis par les subordonnés », dispose :

Dans certains cas, les commandants militaires peuvent être tenus responsables de crimes de guerre commis par des membres subordonnés des forces armées ou par d'autres personnes placées sous leur autorité. Ainsi, par exemple, lorsque des soldats commettent ou aident à commettre à l'encontre de la population civile d'un territoire occupé ou de prisonniers de guerre, des massacres et des atrocités, la responsabilité de ces crimes peut être imputée non seulement aux auteurs mêmes mais également à leur commandant. La responsabilité de ce dernier est directement engagée lorsque les actes en question ont été commis en exécution de ses ordres. Le commandant sera également tenu responsable si, grâce aux rapports qu'il recevait ou à d'autres moyens, il savait effectivement ou aurait dû savoir que des soldats ou d'autres personnes placées sous son autorité s'apprêtaient à commettre des crimes de guerre ou l'avaient fait et s'il n'a pas employé les moyens dont il disposait pour assurer le respect des lois de la guerre.

La référence dans cet extrait aux « soldats ou [...] autres personnes placées sous [l']autorité » du commandant militaire est, à mon sens, applicable aussi bien aux soldats « placés sous son autorité » au moment où il savait ou avait eu des raisons de savoir qu'ils avaient commis des crimes qu'aux soldats « placés sous son autorité » au moment où les crimes ont été commis. Les notes de ce texte contiennent le passage suivant :

Toutefois, il est probable que la responsabilité du commandant va bien au-delà des devoirs formulés plus haut. Il est également tenu responsable s'il s'abstient, par négligence ou délibérément, d'employer tous les moyens dont il dispose pour s'assurer que les coupables, comme il conviendra, seront poursuivis, privés de commandement et interdits d'accès au théâtre des opérations¹³².

ii) Le paragraphe 501 du manuel « The Law of Land Warfare » (États-Unis, 1956, modifié en 1976), intitulé « Responsabilité pour les actes des subordonnés », offre une formulation presque identique au manuel britannique mais, pour être tout à fait précis, je me propose de citer cette disposition dans son intégralité :

Dans certains cas, les commandants militaires peuvent être tenus responsables de crimes de guerre commis par des membres subordonnés des forces armées ou par d'autres personnes placées sous leur autorité. Ainsi, par exemple, lorsque des soldats commettent à l'encontre de la population civile d'un territoire occupé ou de prisonniers de guerre, des massacres et des atrocités, la responsabilité de ces crimes peut être imputée non seulement aux auteurs mêmes mais également à leur commandant. La responsabilité de ce dernier est directement engagée lorsque les actes en question ont été commis en exécution de ses ordres. Le commandant sera également tenu responsable si, grâce aux rapports qu'il recevait ou à d'autres moyens, il savait effectivement ou aurait dû savoir que des soldats ou d'autres personnes placées sous son autorité s'apprêtaient à commettre des crimes de guerre ou l'avaient fait et s'il n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour assurer le respect des lois de la guerre ou pour punir les contrevenants.

Dans un cas comme dans l'autre, un supérieur placé dans la présente situation factuelle ne penserait devoir (ni même pouvoir) dire : « Oui, je sais que ces hommes qui sont à présent mes subordonnés ont commis un massacre atroce la semaine précédant la prise de mes fonctions. Mais compte tenu du fait que je n'étais pas encore leur supérieur hiérarchique (ni en mesure de les empêcher de commettre ces infractions), je n'ai pas l'obligation de les punir ». Il me semble que si les manuels militaires n'ont pas expressément fait référence à la présente situation factuelle, c'est que le devoir de punir dans ce cas est si

évident que personne n'a estimé nécessaire de le formuler explicitement.

13. À mon avis, l'absence dans la pratique des États de toute indication fondant l'application du principe de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique dans la présente situation factuelle n'a aucune pertinence dès lors que cette situation relève raisonnablement d'un principe reconnu comme faisant partie du droit international coutumier.

b) Exemples démontrant l'absence d'une règle coutumière applicable en la matière

14. La majorité de la Chambre d'appel a cité un certain nombre d'exemples qui, affirme-t-elle, tendent à prouver l'inexistence d'une telle règle coutumière. Ces exemples sont cités sans ordre apparent, mais je me propose de les traiter par ordre chronologique. Ces exemples peuvent également se révéler pertinents pour déterminer si la présente situation factuelle relève raisonnablement du champ d'application du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique.

15. i) **Affaire Kuntze**¹³³ : La majorité se réfère à un extrait du jugement rendu par le Tribunal militaire de Nuremberg en application de la Loi no.10 du Conseil de contrôle (le « Tribunal militaire ») où il est dit¹³⁴ :

Ces éléments de preuve démontrent que les Juifs ont été regroupés dans des camps de concentration et qu'un groupe important de Juifs et de Tziganes ont été tués, peu de temps après que l'accusé eut pris son commandement dans la région Sud-Est par des unités qui lui étaient subordonnées. Le dossier n'indique pas que l'accusé Kuntze a ordonné le massacre des Juifs ou leur transfert vers un camp de regroupement. Les éléments de preuve montrent bien qu'il était informé, par les rapports, que des unités placées sous son commandement procédaient effectivement au massacre d'un groupe important de Juifs et de Tziganes comme il est mentionné précédemment. Il savait que des troupes sous son autorité regroupaient et transféraient des Juifs dans des camps de regroupement. Les rapports n'indiquent nulle part que l'accusé Kuntze a pris des mesures pour mettre un terme à ces pratiques illégales. Il est assez évident qu'il a consenti à leur exécution alors qu'il aurait été de son devoir d'intervenir pour éviter qu'elles ne se reproduisent. Nous estimons que sa responsabilité pour ces actes illégaux est largement établie au vu du dossier.

Et la majorité de commenter¹³⁵ :

Si ce jugement reconnaît clairement que la responsabilité du supérieur peut être mise en cause lorsque l'intéressé, après avoir pris le commandement, s'abstient d'empêcher que de tels massacres ne se reproduisent, il ne fait aucune référence, quelle qu'elle soit, à sa responsabilité pour des crimes commis avant la prise de ses fonctions.

Dans la Décision, la majorité affirme qu'elle « considère que cette affaire donne également à penser qu'il n'existerait pas de règle coutumière établissant une responsabilité du supérieur hiérarchique à raison de crimes commis par ses subordonnés avant qu'il les ait sous son commandement, et que cette affaire ne saurait manifestement pas être invoquée à l'appui de la thèse contraire¹³⁶ ».

16. Comme semble le concéder la majorité, ce passage ne dit rien qui puisse suggérer que la responsabilité pénale d'un supérieur hiérarchique *n'est pas* engagée pour manquement à l'obligation de punir un subordonné pour des actes commis avant l'existence du lien de subordination, actes dont le supérieur sait seulement ou a seulement des raisons de savoir qu'ils ont déjà été commis. Ce qui « donne à penser » dans cet extrait, selon la majorité, que la responsabilité pénale du supérieur ne se trouve pas engagée tient uniquement à ce qu'il n'y est fait aucune référence, « quelle qu'elle soit », à cette responsabilité. Un tel raisonnement ne serait valide que si les questions soulevées dans l'affaire *Kuntze* étaient telles que le Tribunal militaire aurait dû, dans ce passage, aborder cette question plus large (si, par exemple, Kuntze avait été mis en cause pour cette forme de responsabilité pénale) ; et même dans ce cas, ce simple silence constituerait un fondement fragile pour déduire que le Tribunal militaire se serait prononcé sur cette question plus large dans le sens où la majorité l'entend.

17. Il appert du Jugement *Kuntze* que l'accusé n'était pas mis en cause pour cette forme de responsabilité pénale. Kuntze était mis en cause, ainsi que tous les autres accusés, pour avoir participé, en tant qu'auteur principal ou en tant que complice, au meurtre d'un grand nombre de civils (entre autres) yougoslaves par des soldats des forces armées allemandes placés sous son commandement, son autorité et sa responsabilité et *agissant conformément aux ordres qu'il avait émis, exécutés et transmis* et pour avoir ordonné ces meurtres, aidé et volontairement participé à leur exécution, pour avoir pris part aux plans et aux entreprises impliquant ces meurtres, et en tant que membre d'organisations et de groupes liés à ces meurtres commis par des soldats *agissant conformément aux ordres qu'il avait émis, exécutés et transmis*¹³⁷. Dès lors qu'aucun des meurtres commis avant que Kuntze prenne le commandement n'aurait pu être perpétré par des soldats *agissant conformément aux ordres qu'il avait émis, exécutés et transmis*, rien ne permettait, sur la base de cet acte d'accusation, de le déclarer coupable de ces crimes sur le fondement du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique.

18. Rien dans l'extrait cité par la majorité ne donne à penser qu'il était nécessaire ou approprié pour le Tribunal militaire d'examiner cette question plus large. Les faits sur lesquels le Tribunal militaire s'est fondé pour le résumé fait dans cet extrait montrent que, le 24 octobre 1941, Kuntze a été nommé commandant adjoint des forces armées (région Sud-Est) et commandant en chef de la 12^{ème} armée, pour assurer l'intérim pendant la maladie du maréchal List¹³⁸. Kuntze a pris le commandement le 27 octobre¹³⁹. Le regroupement et le meurtre des Juifs auxquels le résumé fait allusion semblent avoir débuté le 29 octobre¹⁴⁰, même si les détails cités dans le Jugement *Kuntze* semblent concerner principalement des meurtres en représailles, ce qui est une toute autre question. Toutefois, le passage sur lequel s'appuie la majorité énonce expressément que le regroupement et les meurtres ont été commis « peu de temps après que l'accusé eut pris son commandement dans la région Sud-Est par des unités qui lui étaient subordonnées ». Kuntze, comme le signale ce passage, a reçu des rapports faisant état du massacre par ces unités d'un groupe important de Juifs et de Tziganes. Il ne fait aucun doute, en conséquence, que le lien de subordination existait bien au moment où le regroupement et les meurtres ont eu lieu. Le Tribunal militaire a déclaré l'accusé pénalement responsable de ces actes pour avoir manqué à son devoir d'empêcher qu'ils ne se reproduisent, et avoir ainsi approuvé ces actes¹⁴¹.

19. Pour quelle raison le Tribunal militaire aurait-il dû traiter *dans ce passage* de la question plus large de la responsabilité pénale de Kuntze pour des crimes commis par ses subordonnés avant qu'il prenne le commandement ? Dans la Décision de la Chambre d'appel, la majorité ne propose aucune explication, et pour ma part, je n'en vois pas non plus. Les faits établis par le Tribunal militaire ailleurs dans le Jugement (concernant les meurtres en représailles) *auraient pu* entraîner l'examen de cette question plus large, mais uniquement si -les faits avaient relevé des chefs d'accusation, ce qui n'était manifestement pas le cas¹⁴². Le fait que cette question plus large n'ait pas été examinée, que ce soit dans ce passage ou plus généralement dans le Jugement, ne saurait fonder la conclusion de la majorité selon laquelle ce passage milite contre l'application du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique pour des crimes commis par ses subordonnés avant qu'il prenne le commandement. Je ne puis acquiescer à l'idée que l'affaire *Kuntze* ait la moindre pertinence pour les questions soulevées dans le présent appel.

20. ii) Article 86 2) du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève La majorité de la Chambre d'appel invoque l'article 86 2) :

Le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction.

La majorité affirme que « [t]el qu'il est formulé, l'article envisage [...] le cas où une infraction est en train

d'être commise ou sur le point de l'être ; les infractions commises avant que le supérieur devienne le commandant de l'auteur des faits incriminés sont exclues du champ d'application de l'article¹⁴³ ».

21. L'article 86 2), l'une des sources du droit international coutumier fondant le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique inscrit à l'article 7 3) du Statut du Tribunal¹⁴⁴, est assez mal formulé si on le compare à l'article 87 3) du Protocole additionnel I qui se lit ainsi :

Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent exiger de tout commandant qui a appris que des subordonnés ou d'autres personnes sous son autorité vont commettre ou ont commis une infraction aux Conventions ou au présent Protocole qu'il mette en œuvre les mesures qui sont nécessaires pour empêcher de telles violations des Conventions ou du présent Protocole et, lorsqu'il conviendra, prenne l'initiative d'une action disciplinaire ou pénale à l'encontre des auteurs des violations.

Il existe deux différences substantielles entre ces deux dispositions :

i) L'article 86 2) n'évoque que le devoir d'« empêcher ou réprimer » l'infraction. Il ne parle pas expressément du devoir de punir, omission que le Commentaire des Protocoles additionnels a dû expliquer ainsi¹⁴⁵ :

[L']expression [...] « faire cesser » doit être comprise de façon large : au sens propre, elle signifie bien sûr mettre fin à ces comportements ; suivant leur gravité et les circonstances, ces comportements peuvent et doivent entraîner des sanctions administratives, disciplinaires ou même pénales - cela selon le principe général que toute sanction doit être proportionnée à la gravité de l'infraction.

En revanche, l'article 87 3) parle expressément du devoir de prendre « l'initiative d'une action disciplinaire ou pénale », bien que ce soit uniquement lorsque le supérieur « a appris » que ses subordonnés allaient commettre ou avaient commis une infraction.

ii) L'article 86 2) s'intéresse au cas où le supérieur a connaissance ou des raisons d'avoir connaissance des infractions avant ou pendant leur perpétration. En revanche, l'article 87 3) mentionne expressément le devoir de sanctionner lorsque le supérieur n'a eu connaissance ou n'a eu des raisons d'avoir connaissance des infractions que par des informations obtenues après leur perpétration. Comme l'a reconnu la majorité, le droit international coutumier impose au supérieur *l'obligation de punir* même s'il n'a eu qu'après coup connaissance ou des raisons d'avoir connaissance des infractions¹⁴⁶.

Dans ces circonstances, la restriction temporelle que la majorité impose à la responsabilité du supérieur, fondée sur l'absence dans l'article 87 de toute référence à un supérieur n'ayant connaissance ou de raisons d'avoir connaissance de l'infraction qu'après sa perpétration, semble reposer sur un fondement bien fragile. Les traités sont hélas bien connus pour créer des ambiguïtés de ce type, d'où la nécessité de recourir, dans de nombreuses affaires portées devant le Tribunal, aux principes d'interprétation énoncés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. Je mentionnerai certaines de ces affaires dans le paragraphe suivant.

22. L'article 31 1) de la Convention de Vienne dispose qu'un « traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». L'objet et le but du Protocole additionnel I sont, selon son Préambule, « de réaffirmer et de développer les dispositions qui protègent les victimes des conflits armés et de compléter les mesures propres à en renforcer l'application » ce qui est parfaitement conforme à l'objet et au but du droit international humanitaire en général :

Le but du droit international humanitaire est de protéger les êtres humains et de sauvegarder la dignité de l'homme dans cette situation extrême qu'est la guerre. Les dispositions du droit international humanitaire ont toujours été adaptées pour satisfaire aux exigences humaines. Elles s'attachent à un idéal : protéger l'être humain des

conséquences d'une force brutale¹⁴⁷.

Cette approche a été adoptée antérieurement par la Chambre d'appel¹⁴⁸. L'interprétation qu'a donnée de l'article 86 2) la majorité de la Chambre d'appel n'a assurément pas été adaptée aux exigences de l'espèce. Elle laissera une énorme brèche dans la protection que le droit international humanitaire cherche à assurer aux victimes des crimes perpétrés en violation de ce droit. Lorsque l'Accusation n'est pas en mesure d'identifier, de retrouver ou d'appréhender les subordonnés mis en cause pour les traduire en justice (un cas, somme toute, fréquent), il ne peut y avoir de poursuites si le supérieur hiérarchique a quitté son commandement avant qu'il sache ou qu'il ait des raisons de savoir que des crimes ont été commis, car il ne peut être poursuivi alors même que le lien de subordination existait au moment des faits. De même, son successeur, même si, très tôt, il sait ou a des raisons de savoir que des crimes ont été perpétrés et qu'il s'abstient néanmoins de les sanctionner, ne peut être poursuivi, de l'avis de la majorité, pour avoir manqué à l'obligation qui lui incombe.

23. Autre conséquence de l'interprétation de la majorité : le fait de lier le devoir de punir à l'existence du lien de subordination au moment où le subordonné commettait ou s'apprêtait à commettre des actes criminels fonde nécessairement en un seul le devoir de prévenir les crimes et celui de les punir. Voilà qui contraste avec la jurisprudence de ce Tribunal, dans laquelle le devoir de prévenir les crimes a été dissocié de celui de punir leurs auteurs. Selon cette jurisprudence, si le supérieur hiérarchique avait des raisons d'avoir connaissance des crimes suffisamment tôt pour en empêcher la perpétration, il commet une infraction s'il ne prend pas des mesures pour ce faire, et il ne peut remédier à ce manquement en sanctionnant après coup les subordonnés auteurs des infractions. Ce sont là les conclusions, entre autres, des Chambres de première instance *Blaskic*¹⁴⁹ et *Kordic*¹⁵⁰. Selon elles, le devoir de punir intervient après la commission du crime (ce qui s'expliquerait, à mon sens, par le fait que le supérieur n'a eu des raisons d'avoir connaissance du crime qu'après sa perpétration). Dans l'affaire *Kordic*¹⁵¹, les juges de la Chambre de première instance (dont deux étaient d'anciens membres de la Commission du droit international qui a rédigé le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (le « Projet de code ») sur lequel s'appuie également la majorité) ont déclaré¹⁵² :

Les personnes qui prennent le commandement après la commission du crime ont la même obligation de punir.

En outre, la Chambre d'appel considère habituellement ces deux devoirs comme mutuellement exclusifs¹⁵³. La majorité n'a pas contesté cette jurisprudence.

24. Toutes ces considérations m'amènent à conclure que l'interprétation donnée par la majorité de l'article 86 2) du Protocole additionnel I n'est pas conforme à son objet et à son but, et qu'elle s'écarter de la jurisprudence du Tribunal. Je ne souscris pas à l'opinion selon laquelle les dispositions de l'article 86 2) vont à l'encontre de l'application du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique à la présente situation factuelle.

25. **iii) Rapport de la Commission du droit international (1996) et Projet de code**¹⁵⁴. La majorité relève que la Commission du droit international (la « CDI ») renvoie, pour la définition du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique, à l'article 86 2) du Protocole additionnel I¹⁵⁵, et elle attire aussi l'attention sur l'article 6 du Projet de code proposé par la CDI. L'article 6 est ainsi rédigé (souligné par la majorité) :

Article 6
Responsabilité du supérieur hiérarchique

Le fait qu'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a été commis par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale, s'ils savaient, ou avaient des raisons de savoir, *dans les circonstances du*

moment, que ce subordonné *commettait ou allait commettre un tel crime* et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer ce crime.

La majorité fait observer qu'« [u]ne fois encore, l'accent est mis sur l'existence du lien de subordination au moment où le subordonné commettait ou allait commettre un crime. Les crimes commis par un subordonné avant que son supérieur prenne le commandement sont manifestement exclus¹⁵⁶ ».

26. La première remarque qu'appelle cette observation, c'est qu'un projet de code de la CDI ne constitue pas une pratique des États permettant d'identifier une règle coutumière¹⁵⁷. Deuxièmement, ce projet de code (le premier d'une longue série de projets à évoquer expressément le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique) n'est jamais entré en vigueur. Troisièmement, étant donné que l'article 6 du Projet de code est fondé sur l'article 86 2) du Protocole additionnel I, mon commentaire portant sur l'interprétation du second par la majorité doit s'appliquer également à son interprétation du premier. J'estime que l'interprétation qu'a donnée la majorité de l'article 86 2) n'est pas conforme à son objet et à son but, et ma position est étayée par le Jugement *Kordic* (voir par. 23 *supra*), qui donne à entendre que la CDI n'avait pas une telle interprétation à l'esprit lorsqu'elle a incorporé l'article 86 2) dans l'article 6 du Projet de code¹⁵⁸.

27. Je voudrais enfin évoquer le fait que la majorité de la Chambre d'appel a mis l'accent sur les membres de phrase « dans les circonstances du moment » et « commettait ou allait commettre un tel crime ». Dans son commentaire, la CDI a affirmé que l'article 6 du Projet de code se fondait sur trois instruments : les Statuts des deux Tribunaux *ad hoc* et le Protocole additionnel I¹⁵⁹. Si l'expression « dans les circonstances du moment » n'apparaît dans aucun des deux Statuts, elle figure bien dans l'article 86 du Protocole additionnel I (que j'ai cité précédemment)¹⁶⁰. Le Commentaire des Protocoles additionnels est très clair : la référence dans l'article 86 à la connaissance du supérieur hiérarchique « dans les circonstances du moment » n'était censée s'appliquer que dans le cas où celui-ci doit remplir son obligation d'empêcher la commission de crimes par ses subordonnés¹⁶¹ :

Chaque cas doit être apprécié en fonction de la situation où se trouvait le supérieur intéressé, en faisant notamment une distinction entre le moment où les informations étaient disponibles et celui où l'infraction a été commise, en tenant compte également des autres circonstances qui accaparaient à ce moment-là son attention, etc.

Ces considérations ne sont absolument pas de mise lorsqu'un supérieur (même un supérieur assurant le commandement au moment où l'infraction a été commise) n'a eu qu'après coup connaissance ou des raisons d'avoir connaissance du fait que ses subordonnés avaient déjà commis l'infraction. Mon opinion est confirmée par l'absence dans l'article 87 3) – qui traite expressément (quoique de manière restreinte) du devoir du supérieur de punir ses subordonnés lorsqu'il vient à apprendre qu'ils ont déjà commis un crime¹⁶² – de toute allusion aux « circonstances du moment » où le supérieur a eu connaissance de ces faits.

28. Ainsi, une fois encore, je ne saurais adhérer à l'interprétation donnée par la majorité du Rapport de la CDI ni de son Projet de code, et je ne souscris pas non plus à l'idée que ces deux textes s'opposent à l'application du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique à la présente situation factuelle.

29. iv) Statut de Rome de la Cour pénale internationale La majorité renvoie à l'article 28 du Statut de Rome (« Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques »), est ainsi rédigé :

Outre les autres motifs de responsabilité pénale au regard du présent Statut pour des crimes relevant de la compétence de la Cour :

- a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement

responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et

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

b) En ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a), le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :

i) Le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ;

ii) Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et

iii) Le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

Selon la majorité, la formulation employée dans le Statut « exclut nécessairement qu'un supérieur hiérarchique soit tenu pénalement responsable de crimes commis par un subordonné avant qu'il l'ait personnellement sous son commandement¹⁶³ ».

30. L'autorité qu'il convient de reconnaître au Statut de Rome n'a été jusqu'à ce jour considérée par ce Tribunal qu'avant son entrée en vigueur. Toutefois, le Tribunal lui a attribué une valeur juridique importante en tant qu'expression autorisée de *l'opinio juris* d'un grand nombre d'États à l'époque où le Statut a été adopté (juillet 1998)¹⁶⁴. En l'espèce, la période qui nous intéresse se situe entre janvier 1993 et janvier 1994, et non juillet 1998, et le principe de légalité, que la majorité respecte pleinement¹⁶⁵, exige qu'une certaine attention soit apportée à de nombreuses dispositions du Statut de Rome (même s'il n'a été adopté que quatre ans plus tard) qui ont nécessité des mois de négociations et de compromis. Le Tribunal a déjà attiré l'attention sur un fait évident, à savoir que, si bien des dispositions du Statut de Rome peuvent être considérées comme reflétant l'état du droit international coutumier à la date où il a été adopté, ce Statut a également créé un droit nouveau ou modifié le droit existant¹⁶⁶.

31. L'article 28 était au départ l'article 25 du projet de statut examiné en 1998 lors de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale (appelée communément la Conférence de Rome). S'agissant du poids accordé par la majorité à l'article 28 du Statut, l'article 25 du projet de statut était exprimé en termes identiques. À propos de cet article, il est dit dans le rapport du groupe de travail sur les principes généraux du droit pénal examinés à Rome¹⁶⁷ :

Le Groupe de travail appelle l'attention du Comité de rédaction sur le fait que le texte de cet article a donné lieu à de longues négociations et qu'il est le fruit de compromis très délicats.

Voilà qui, à mes yeux, ressort de manière flagrante des différences substantielles entre, d'une part, les dispositions relatives aux chefs militaires et celles relatives aux autres supérieurs, et entre, d'autre part,

ces dispositions et les instruments existants tels que les Statuts des Tribunaux *ad hoc*.

32. Dans ces circonstances, les termes de l'article 28 du Statut de Rome ont une valeur très limitée pour ce qui est de déterminer le droit international coutumier en vigueur à l'époque des faits en l'espèce. Ceci dit, il est évident toutefois que la récurrence dans chacune de ces dispositions du membre de phrase « commettaient ou allaient commettre ces crimes » soulignée par la majorité, trouve son fondement dans l'article 86 2) du Protocole additionnel I. Une fois encore, mes commentaires portant sur l'interprétation donnée par la majorité de cet article doivent s'appliquer également à l'interprétation qu'elle a donnée de l'article 28 du Statut de Rome.

33. Pour toutes ces raisons, je ne saurais souscrire à l'opinion selon laquelle l'article 28 va à l'encontre de l'application du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique à la présente situation factuelle.

34. Je rejette donc l'ensemble des arguments avancés par la majorité.

Dispositif

35. En conséquence, je suis d'avis de rejeter les deux moyens soulevés dans le présent appel.

Addendum

36. J'ai lu avec attention les passages que la majorité a ajoutés à la Décision et par lesquels elle répond aux deux opinions dissidentes concernant la deuxième question soulevée dans le présent appel¹⁶⁸. Ces nouveaux paragraphes soulèvent un certain nombre de points. La majorité s'abstient toujours de s'expliquer véritablement sur l'approche qu'elle a adoptée pour ce qui est de la deuxième question, approche radicalement opposée à celle adoptée à l'unanimité pour la première¹⁶⁹. Rien dans ces nouveaux paragraphes ne vient justifier le choix d'une approche aussi différente.

37. La majorité et moi-même semblons diverger sur la question de savoir si la situation factuelle très spécifique visée dans la seconde question relève du champ d'application du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique reconnu comme faisant partie du droit international coutumier¹⁷⁰. Selon la majorité, mon affirmation selon laquelle cette situation « entraîne *clairement* une responsabilité pénale individuelle en application du principe existant, semble intenable¹⁷¹ ». L'insistance sur le terme « clairement » est du fait de la majorité et *non* du mien. Mon opinion rejoint tout à fait celle exprimée à l'unanimité par la Chambre d'appel¹⁷² :

En particulier, [la Chambre d'appel] n'ignore pas que pour conclure qu'un principe faisait partie du droit international coutumier, elle doit être convaincue que la pratique des États reconnaissait ce principe parce qu'il fondait *l'opinio juris*. Toutefois, la Chambre considère également que lorsqu'on peut démontrer qu'un principe a été ainsi établi, rien ne s'oppose à ce qu'il s'applique à une situation donnée même s'il s'agit d'une situation nouvelle, à condition qu'elle relève *raisonnablement* du champ d'application de ce principe¹⁷³.

Après avoir exposé le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique, j'ai conclu en ces termes¹⁷⁴ :

J'estime, pour ma part, que le cas d'un supérieur qui (après avoir pris ses fonctions) sait ou a des raisons de savoir qu'un individu devenu son subordonné a commis un crime avant qu'il devienne son supérieur relève *raisonnablement* du champ d'application de ce principe.

Je maintiens ma conclusion pour les raisons que j'ai déjà énoncées¹⁷⁵.

38. Sans explication aucune, la position de la majorité a mystérieusement évolué (en l'espace d'une

quarantaine de paragraphes) : la condition selon laquelle la situation factuelle spécifique doit relever « raisonnablement » du champ d'application du principe est devenue une condition selon laquelle cette situation doit relever « clairement » du champ d'application du principe. Mon opinion n'a pas opéré semblable métamorphose. Il existe une distinction bien réelle entre les deux conditions. La majorité semble avoir confondu le caractère raisonnable adopté précédemment à l'unanimité dans la Décision et le principe de légalité, énoncé plus tard par la majorité comme exigeant que le crime reproché soit « clairement » établi en droit international coutumier au moment où les événements en cause se sont déroulés¹⁷⁶.

39. L'affirmation de la majorité selon laquelle « [i]l revient aux Juges de montrer dans leurs opinions dissidentes [qu'un principe de droit coutumier, positif et solidement établi] existe, et non à la Chambre d'appel de démontrer le contraire¹⁷⁷ » n'est défendable que s'il est reconnu que je ne suis pas parvenu à démontrer l'existence d'un tel principe en droit international coutumier. L'argument que j'avance, et qui semble avoir été mal compris par la majorité, est que le principe de droit international coutumier pertinent s'agissant de la deuxième question, celui-là même que la Chambre a accepté à l'unanimité dans le présent appel, prévoit qu'un supérieur est pénalement responsable s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné allait commettre les actes constitutifs d'un crime visé par le Statut du Tribunal ou l'avait fait, et s'il n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher de tels actes ou pour punir le subordonné¹⁷⁸. Pour ce qui est de l'argument relatif au principe de légalité, j'ai répondu que le droit international coutumier qui fonde ce principe fonde également son application à des situations relevant raisonnablement de son champ d'application¹⁷⁹, et je n'entends pas répéter ici ce que j'ai dit précédemment à ce propos.

40. Les paragraphes ajoutés par la majorité révèlent clairement ce qui était peut-être resté implicite jusqu'à présent, à savoir que, de l'avis de la majorité, il est nécessaire avant d'appliquer un principe accepté en droit international coutumier à une situation factuelle spécifique, de démontrer l'existence d'une règle coutumière justifiant son application à cette situation. C'est assurément le but du principe pertinent du droit international coutumier, et non la situation factuelle à laquelle on cherche à appliquer ce principe, qui délimite son champ d'application. Et si le champ d'application ou le but de ce principe n'est pas suffisamment rigoureux ou précis, il peut être défini selon les « principes de l'humanité » et les « exigences de la conscience publique » prévus par la clause Martens¹⁸⁰. Si la majorité a raison, cela voudrait dire qu'aucun principe du droit international coutumier ne pourrait jamais s'appliquer à une situation nouvelle, du seul fait qu'elle *est* nouvelle.

41. L'affaire *Shimoda* constitue un exemple illustrant l'application d'un principe du droit international coutumier à une situation factuelle particulière. Cette affaire posait la question de la licéité en droit international des attaques nucléaires américaines contre Hiroshima et Nagasaki en 1945¹⁸¹. Je ne fais pas référence à cette affaire dans le but de confirmer les conclusions rendues par le tribunal japonais,¹⁸² mais pour démontrer, à la lumière du raisonnement suivi par les juges saisis de cette affaire, l'erreur commise par la majorité s'agissant de l'application d'un principe accepté en droit international humanitaire à une situation factuelle particulière¹⁸³. Les plaignants, des personnes blessées lors des attaques, ont demandé réparation à l'État japonais pour avoir renoncé (par la signature du traité de paix en 1951) à faire valoir les droits de ses ressortissants qui, invoquant, entre autres, le droit international, ont mis en cause les États-Unis pour des actes illicites qui auraient été commis en violation du droit international positif (droit conventionnel et droit coutumier) en vigueur en 1945¹⁸⁴. Le gouvernement japonais a soutenu que dans la mesure où les innombrables déclarations, conventions et traités interdisant l'utilisation de certains types d'armes et qui constituent les règles pertinentes du droit international coutumier ne comprenaient aucune disposition portant directement sur l'emploi de la bombe atomique (qui n'avait jamais été utilisée auparavant lors d'un conflit armé), son emploi n'était pas expressément régi par le droit international

positif¹⁸⁵.

42. Bien que le tribunal ait refusé, pour d'autres motifs, de faire droit à la demande, il a rejeté cet argument et jugé que « le bombardement aveugle de villes non défendues » à l'aide de bombes atomiques constituait un acte de guerre illégal au regard du droit international¹⁸⁶. Le tribunal a raisonné ainsi¹⁸⁷ :

On peut naturellement supposer que l'emploi d'une nouvelle arme est licite tant que le droit international ne l'interdit pas. Toutefois, dans ce contexte, l'interdiction doit être comprise comme s'appliquant non seulement au cas où il existe une règle interdisant expressément l'usage de cette arme, mais aussi au cas où l'interdiction peut être déduite de plein droit de l'interprétation et de l'application analogiques des règles existantes du droit international (droit international coutumier et conventionnel). En outre, l'interdiction doit s'entendre comme s'appliquant aussi au cas où, à la lumière des principes du droit international, l'emploi d'une nouvelle arme est considéré comme contraire à ces principes, car il n'existe aucune raison de s'en tenir à une interprétation littérale des règles du droit international, pas plus que du droit interne.

[...] Toute arme dont l'usage est contraire aux coutumes des nations civilisées et aux principes du droit international doit être *ipso facto* considérée comme interdite, même s'il n'existe aucune disposition expresse en droit y relative. La nouvelle arme ne peut être employée comme un moyen licite dans le cadre d'un conflit que si cet emploi n'est pas contraire aux principes du droit international.

Le tribunal a conclu : « Ainsi, pour qu'une arme soit licite, il ne suffit pas qu'elle soit nouvelle ; une nouvelle arme doit naturellement être soumise à un examen dans le cadre des dispositions du droit international positif¹⁸⁸ ».

43. Enfin, la majorité soulève un dernier point relatif aux articles 86 2) et 87 3) du Protocole additionnel I. Elle a examiné mon argument selon lequel la restriction temporelle qu'elle impose sur la base de l'article 86 2), repose, en raison des dispositions de l'article 87 3), sur un fondement bien fragile¹⁸⁹. La majorité relève que j'ai omis de reconnaître que c'est l'article 86 2) qui traite expressément de la responsabilité individuelle des supérieurs pour les actes de leurs subordonnés, alors que l'article 87 2) s'attache, lui, aux obligations des États parties¹⁹⁰. La majorité ne cite aucune source pour étayer la distinction qu'elle opère entre les deux articles. Ces deux articles sont tous deux considérés en droit comme s'imposant uniquement aux Hautes Parties contractantes. Chacun de ces deux articles oblige ces États parties, conformément aux traités qu'ils ont signés, à faire respecter certaines normes dans leur droit national, y compris celles relatives aux devoirs des supérieurs, tels qu'ils sont prévus dans chacun des deux articles. Bien qu'il soit généralement admis que certaines dispositions des Protocoles additionnels sont reconnues en droit international coutumier comme s'imposant aux individus, il n'est pas nécessaire, en l'espèce, de déterminer de quelles dispositions il s'agit. Si je renvoie à ces deux articles, ce n'est pas pour démontrer si l'un ou l'autre ou les deux sont reconnus ou non comme contraignants à l'égard des individus mais, ainsi qu'il ressort clairement, me semble-t-il, de mes propos, aux seules fins d'établir le contexte dans lequel s'inscrit l'article 86 2) et de démontrer que la majorité a donné une interprétation inadéquate de cet article. J'ai été encouragé dans cette voie par le commentaire du CICR relatif à l'article 86 2) selon lequel cette disposition « doit être lue en corrélation [...] avec l'article 87 (Devoirs des commandants) »¹⁹¹.

44. Ma position n'a pas varié : j'estime que l'appel devrait être rejeté pour ce qui concerne les deux moyens soulevés.

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

Le Juge David Hunt

Le 16 juillet 2003

La Haye (Pays-Bas)

[Sceau du Tribunal]

1 - *Prosecution's Response to Defence Interlocutory Appeal on Jurisdiction* (la « Réponse »).

2 - L'article 72 E) du Règlement dispose que « [l']appel interjeté en application du paragraphe B) i) *supra* est rejeté si une formation de trois juges de la Chambre d'appel, nommée par le Président du Tribunal, décide que le recours n'est pas susceptible de remplir l'une des conditions mentionnées au paragraphe D). » L'article 72 B) i) du Règlement autorise, de droit, les recours interlocutoires contre des décisions relatives à des exceptions préjudicielles d'incompétence. Aux termes de l'article 72 D) du Règlement, l'exception d'incompétence s'entend « d'une objection selon laquelle l'acte d'accusation ne se rapporte pas » à l'un des chefs de compétence définis aux articles 1 à 9 du Statut.

3 - Décision relative à la validité de l'appel en application de l'article 72 E) du Règlement, 21 février 2003 (la « Décision contestée »).

4 - Décision contestée, par. 179.

5 - *Ibid.*, par. 202.

6 - Décision du 21 février 2003, par. 3.

7 - Réponse, par. 7.

8 - Appel interlocutoire, par. 126.

9 - L'article 74 du Règlement dispose qu'« [u]ne Chambre peut, si elle le juge souhaitable dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, inviter ou autoriser tout État, toute organisation ou toute personne à faire un exposé sur toute question qu'elle juge utile. »

10 - Appel interlocutoire, par. 14, p. 4. Les expressions « responsabilité du supérieur hiérarchique » et « responsabilité du commandement » sont synonymes, et un commandant est bien un supérieur hiérarchique au sens de l'article 7 3) du Statut du TPIY.

11 - Appel interlocutoire, par. 47 ; Réplique, par. 21.

12 - *Le Procureur c/ DuskoTadic*, affaire n°IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, (« Arrêt *Tadic* relatif à la compétence »), par. 134.

13 - Décision contestée, par. 17, 40 et 167.

14 - Décision du 21 février 2003, par. 5.

15 - Voir *Détroit de Corfou, fond, arrêt, C. I. J. Recueil 1949, p. 22, et Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, C. I. J. Recueil 1986, p. 112 et 114.*

16 - Arrêt *Tadic* relatif à la compétence, par. 134.

17 - *Le Procureur c/ Delalic et consorts*, affaire n° IT-96-21-A, Arrêt, 20 février 2001, par. 222 à 241 (« Arrêt *Celebici* ») ; *Le Procureur c/ Bagilishema*, affaire n° ICTR-95-1A-A, Motifs de l'arrêt, 13 décembre 2002, par. 35 à 37.

18 - Pour une analyse de ces notions, voir le Jugement *Celebici*, affaire n° IT-96-21-T, 16 novembre 1998, par. 333 et suiv.

19 - Commentaire de la Ie Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, sous la direction de Jean Pictet, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1952, p. 53.

20 - Appel interlocutoire, par. 39.

21 - Voir *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, C. I. J. Recueil 1951 ; et Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, C. I. J. Recueil 1986, p. 112 et 114.*

22 - Appel interlocutoire, par. 32.

23 - *Ibid.*

24 - Réponse, par. 43.

25 - 327 U.S. 1, 14-15 (1946).

26 - *Ibid.*, p. 16.

27 - La formulation de l'article 6 3) du Statut du Tribunal international pour le Rwanda (« TPIR ») est identique.

28 - Appel interlocutoire, par. 95.

29 - *Ibid.*, par. 48.

30 - Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (« Protocole I »), *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1125, p. 3 à 608.

31 - Appel interlocutoire, par. 20 a).

32 - Arrêt *Tadic* relatif à la compétence, par. 77.

33 - Arrêt *Celebici*, par. 116 à 181.

34 - *Le Procureur c/ Aleksovski*, affaire n° IT-95-14/1-T, Jugement, 25 juin 1999, par. 228.

35 - Appel interlocutoire, par. 14.

36 - Appel interlocutoire, par. 15.

- 37 - Voir « Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic – *Entreprise criminelle commune* », *Le Procureur c/ Milan Milutinovic et consorts*, affaire n° IT-99-37-AR72, 21 mai 2003, par. 37 à 39 (« Arrêt Ojdanic »).
- 38 - Arrêt *Tadic* relatif à la compétence, par. 134.
- 39 - Appel interlocutoire, par. 16.
- 40 - Voir Arrêt *Ojdanic*, par. 9 et 10.
- 41 - Appel interlocutoire, par. 28 à 31.
- 42 - Acte d'accusation modifié, par. 58.
- 43 - *Ibid.*
- 44 - *Ibid.*, par. 59.
- 45 - Voir *Written Submission of Amir Kubura on Defence Challenges to Jurisdiction*, 10 mai 2002, (« Conclusions de Kubura ») par. 30 à 47 ; Réplique, par. 32. Voir également *Response of Amir Kubura to Prosecution's Brief on Defence Challenges to Jurisdiction of 10 May 2002*, par. 8 à 11 ; *Joint Challenge to Jurisdiction Arising from the Amended Indictment Written Submissions of Enver Hadzihanovic*, 10 mai 2002, par. 86 à 89.
- 46 - *Joint Challenge to Jurisdiction Arising from the Amended Indictment*, par. 13 ; *Reply of Amir Kubura to Prosecution's Response to Defence Written Submissions on Challenges to Jurisdiction*, 31 mai 2002, par. 18 à 22.
- 47 - Conclusions de Kubura, par. 48. Voir également *Joint Challenge to Jurisdiction Arising from the Amended Indictment*, par. 15, et *Reply of Amir Kubura to Prosecution's Response to Defence Written Submissions on Challenges to Jurisdiction*, par. 28.
- 48 - *Hadzihanovic Response*, 24 mai 2002, par. 48. Voir également *Joint Challenge to Jurisdiction Arising from the Amended Indictment*, par. 15, et *Reply of Amir Kubura to Prosecution's Response to Defence Written Submissions on Challenges to Jurisdiction*, par. 28.
- 49 - Conclusions de Kubura, par. 30.
- 50 - *Ibid.*, par. 33 et 34.
- 51 - *Ibid.*, par. 36 et 37.
- 52 - *Ibid.*, par. 38. L'article 28 1) a) du Statut de Rome daté du 12 juillet 1998 et corrigé le 10 novembre 1998 et le 12 juillet 1999, énonce : « Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où : i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances [du moment], aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes [...] » [non souligné dans l'original] [le texte anglais dit : « owing to the circumstances at the time »].
- 53 - *Kubura's Submission*, par. 47.
- 54 - *Le Procureur c/ Dario Kordic & Mario Cerkez*, affaire n° IT-95-14/2-T, Jugement, 26 février 2001, par. 446, cité dans *Prosecution's Brief regarding Issues in the « Joint Challenge to Jurisdiction Arising from the Amended Indictment »*, 10 mai 2002, par. 62.
- 55 - *Prosecution's Response to Defence Written Submissions on Joint Challenge to Jurisdiction Arising from the Amended Indictment*, 24 mai 2002, par. 17.
- 56 - *Ibid.*, par. 21. Il convient de lire « Kubura » au lieu de « Alagic ».
- 57 - *Ibid.*, par. 22.
- 58 - *Ibid.*, par. 23.
- 59 - Voir l'Arrêt *Ojdanic*, par. 9 (« On peut dès lors dire que l'étendue de la compétence *ratione materiae* du Tribunal est déterminée à la fois par le Statut, dans la mesure où il définit les limites de la compétence du Tribunal international, et par le droit international coutumier, dans la mesure où la compétence du Tribunal pour déclarer un accusé coupable d'un crime énuméré dans le Statut dépend de l'existence de ce crime en droit coutumier à l'époque où il est supposé avoir été commis. »). Voir également l'Arrêt *Celebici*, par. 178.
- 60 - Non souligné dans l'original. En ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a) de l'article 28, le Statut de Rome prévoit en outre que « le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :
- i) Le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement;
 - ii) Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs; et
 - iii) Le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites. » [non souligné dans l'original].
- 61 - Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, 1996, (A/51/10) (« Rapport de la CDI »), p. 56.
- 62 - Arrêt *Celebici*, par. 237.
- 63 - Rapport de la CDI, p. 53 [non souligné dans l'original].
- 64 - *In the matter of United States v. Wilhelm List, et al., Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, Vol. XI, p. 1230 (« Affaire Kuntze »).

- 65 - Concernant les accusations de mauvais traitements infligés à des Juifs et à d'autres personnes dans la zone relevant de Kuntze, le tribunal militaire a déclaré : « Ces éléments de preuve démontrent que les Juifs ont été regroupés dans des camps de concentration et qu'un groupe important de Juifs et de Tziganes ont été tués, *peu de temps après que l'accusé eut pris son commandement* dans la région Sud-Est par des unités qui lui étaient subordonnées. Le dossier n'indique pas que [Kuntze] a ordonné le massacre des Juifs ou leur transfert vers un camp de regroupement. Les éléments de preuve montrent bien qu'il était informé, par les rapports, que des unités placées sous son commandement procédaient effectivement au massacre d'un groupe important de Juifs et de Tziganes comme il est mentionné précédemment. Il savait que des troupes sous son autorité regroupaient et transféraient des Juifs dans des camps de regroupement. *Les rapports n'indiquent nulle part que [Kuntze] a pris des mesures pour mettre un terme à ces pratiques illégales. Il est assez évident qu'il a consenti à leur exécution alors qu'il aurait été de son devoir d'intervenir pour éviter qu'elles ne se reproduisent.* Nous estimons que sa responsabilité pour ces actes illégaux est largement établie au vu du dossier. » *Affaire Kuntze*, p. 1279 et 1280 [non souligné dans l'original]. Si ce jugement reconnaît clairement que la responsabilité du supérieur peut être mise en cause lorsque l'intéressé, après avoir pris le commandement, s'abstient d'empêcher que de tels massacres ne se reproduisent, il ne fait aucune référence, quelle qu'elle soit, à sa responsabilité pour des crimes commis avant la prise de ses fonctions.
- 66 - *Le Procureur c/ Bagilishema*, affaire n° ICTR-95-1A-A, Motifs de l'arrêt, 3 juillet 2003, par. 34.
- 67 - Voir Opinion individuelle et partiellement dissidente du Juge Hunt, jointe en annexe, par. 4.
- 68 - Le Droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique, B-GG-005-027/AF-021, chap. 16, section 8, art. 53 (Canada 2001) [non souligné dans l'original].
- 69 - *Ibid.*, art. 52 et 53.
- 70 - *The Commander's Handbook on The Law of Naval Operations*, NWP 1-14M (United States, 1995).
- 71 - Voir l'Opinion partiellement dissidente du Juge Hunt jointe ci-après, par. 29.
- 72 - Voir le Statut de Rome, art. 22, par. 2.
- 73 - L'« affaire des otages », affaire n° 7, *The United States of America v. Wilhelm List et al., Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Law No. 10*, vol. XI (Washington, 1951), p. 1275.
- 74 - *Ibid.*, acte d'accusation, p. 765 à 776.
- 75 - *Ibid.*, p. 765 et 766.
- 76 - Procès du général Tomoyuki Yamashita, *Commission des Nations Unies sur les crimes de guerre, Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. IV, affaire n° 21, p. 3 ; et W.H. Parks, « *Command Responsibility for War Crimes* », *Military Law Review* (1973), vol. 62, p. 23.
- 77 - Voir l'affaire du Haut commandement, *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Law N° 10*, vol. XI (Washington, 1951), p. 462 à 465 pour l'acte d'accusation, et p. 512 pour la notion de responsabilité du supérieur hiérarchique.
- 78 - Affaire des otages, p. 1278 à 1281.
- 79 - Affaire du Haut commandement, *supra*, pages 463 à 465 pour les chefs 2 et 3 desquels Hoth a été déclaré coupable (p. 596), et pages 584 et 585 pour des actes antérieurs commis par ses subordonnés et dont on a jugé qu'ils ne pouvaient pas lui être reprochés.
- 80 - Affaire du Haut commandement, p. 543 et 544.
- 81 - Le Tribunal n'en est pas à la genèse d'une ère liminaire pendant laquelle certaines décisions, de par leur nature manifestement novatrice, pourraient être rapidement assimilées à la pratique des États ou à l'*opinio juris*.
- 82 - *Le Procureur c/ Aleksovski*, affaire n° IT-95-14/1-A, 24 mars 2000, par. 126 et 127 ; *Le Procureur c/ Delalic*, affaire n° IT-96-21-A, 20 février 2001, par. 173 ; et *Le Procureur c/ Ojdanic*, affaire n° IT-99-37-AR72, 21 mai 2003, par. 38.
- 83 - Un texte clair peut être applicable sans devoir être interprété. Voir affaire *LaGrand*, Arrêt de la C.I.J. du 21 juin 2001, par. 77. Mais il ne s'agit là que d'une autre façon de dire qu'en pareil cas, le sens du texte est évident. La clarté d'un texte n'exclut pas la nécessité pour un tribunal de lui donner un sens. Voir l'affaire relative à la *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau / Sénégal)*, C.I.J. *Recueil 1991*, p. 136 et 137, opinion dissidente du juge Weeramantry. Les complications liées aux questions arbitrales ne sont pas examinées ici.
- 84 - *Interlocutory Appeal on Decision on Joint Challenge to Jurisdiction* (l'« Appel interlocutoire »), par. 94, 96 et 120.
- 85 - Voir *Le Procureur c/ Tihomir Blaskic*, affaire n° IT-95-14-T, 3 mars 2000, par. 327.
- 86 - Appel interlocutoire.
- 87 - Voir *Le Procureur c/ Ojdanic*, affaire n° IT-99-37-AR72, 21 mai 2003, par. 28.
- 88 - Pour le principe général, voir Comité international de la Croix-Rouge, Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 (Genève, 1987), p. 1039 et 1040, par. 3548.
- 89 - *Le Procureur c/ Tihomir Blaskic*, affaire n° IT-95-14-T, 3 mars 2000, par. 304, et *Le Procureur c/ Milorad Krnojelac*, affaire n° IT-97-25-T, 15 mars 2002, par. 93.
- 90 - *Le Procureur c/ Delalic*, affaire n° IT-96-21-T, 16 novembre 1998, par. 398 à 400.
- 91 - Voir *Le Procureur c/ Delalic*, affaire n° IT-96-21-A, 20 février 2001, par. 196 à 198, *Le Procureur c/ Bagilishema*, affaire n° ICTR-95-1A-A, 3 juillet 2002, par. 50.
- 92 - Le statut précis des travaux de la CDI peut prêter à controverse. Des avis ont été exprimés dans *Le Procureur c/ Furundzija*, affaire n° IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998, paragraphe 227, et dans *Le Procureur c/ Tadic*, affaire n° IT-94-1-A, 15 juillet 1999, paragraphe 223. On peut lire dans *Oppenheim's International Law*, 9e édition, volume I, partie I (Londres, 1992), à la page 50 : « [l]es travaux de la Commission [du droit international], même lorsqu'ils ne donnent naissance à aucun traité, mais

particulièrement s'ils le font, sont en soi des facteurs influents du développement du droit et des sources juridiques décisives. » Dans l'ouvrage intitulé *International Law* (Oxford, 2001), à la page 292, Antonio Cassese dit également que les traités préparés par le Commission du droit international « ont eu une influence considérable même en dehors du groupe des parties contractantes ». Cette question est présentée sous l'angle de l'« influence ».

93 - Non souligné dans l'original.

94 - *Ibid.*

95 - Cet article a été utilisé pour interpréter l'article 86 2) du Protocole I. Voir *Le Procureur c/ Tihomir Blaskic*, affaire n° IT-95-14-T, 3 mars 2000, par. 327.

96 - *United States Army Field Manual 27-10, The Law of land Warfare (1956)*, par. 501, cité dans W.H.Parks, « *Command Responsibility for War Crimes* », *Military Law Review (1973)*, vol. 62, p. 86.

97 - Voir paragraphes 11 et 12 du Rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, S/1994/134, 13 février 1995, en ce qui concerne l'article 4 du Statut du TPIR sur les violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II.

98 - Pour la compétence du Tribunal d'examiner des questions de ce type, voir *Le Procureur c/ Milan Milutinovic et consorts*, affaire n° 99-37-AR72, 21 mai 2003, par. 9.

99 - Appel interlocutoire, par. 61 c) i).

100 - Voir, par exemple, *Motifs de l'Arrêt*, dans *Le Procureur c/ Bagilishema*, affaire n° ICTR-95-1A-A, 3 juillet 2002, par. 35.

101 - *Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez*, affaire n° IT-95-14/2, 26 février 2001, par. 446.

102 - *Prosecution's Response to Defence Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 9 décembre 2002, p. 26, note 113.

103 - *Enver Hadzihasanovic's Response to the Prosecution's Brief, etc.*, 24 mai 2002, par. 48.

104 - Décision contestée, par. 188.

105 - *Enver Hadzihasanovic's Response to the Prosecution's Brief, etc.*, 24 mai 2002, par. 49.

106 - Voir les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 39, par. 63, et l'affaire *des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* (Fond), C.I.J. Recueil 1986, p. 92 à 96, par. 172 à 179.

107 - Décision de la Chambre d'appel, par. 52.

108 - *Le Procureur c/ Delalic et consorts*, IT-96-21-A, Arrêt, 20 février 2001 (« Arrêt *Celebici* »), par. 195 et 196 ; *Le Procureur c/ Bagilishema*, ICTR-95-1A-A, *Motifs de l'Arrêt*, 13 décembre 2002 (« Arrêt *Bagilishema* »), par. 35.

109 - Décision relative à l'exception d'incompétence (*responsabilité du supérieur hiérarchique*) (« Décision de la Chambre d'appel »), par. 11 et 13.

110 - *Ibid.*, par. 12.

111 - *Ibid.*, par. 12.

112 - *Ibid.*, par. 16.

113 - *Ibid.*, par. 17.

114 - *Ibid.*, par. 18.

115 - *Ibid.*, par. 18.

116 - *Ibid.*, par. 34 et 35.

117 - Cité dans *The Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials: London, 1945*, p. 37.

118 - *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunal Under Control Council Law n° XIV, United States v. Alstötter et al*, vol. III, p. 954.

119 - Le passage apparaît en deux endroits, p. 966 et p. 974 et 975.

120 - *Law Reports of Trials of War Criminals* (établis par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, 1949), *United States v. Alfred Krupp et al*, vol. X, p. 69.

121 - P. 147. Cette présentation du droit est empruntée à *Wharton's Criminal Law*, vol. I, section 126, p. 177.

122 - P. 149.

123 - P. 147.

124 - *Attorney General v. Adolf Eichmann dans International Legal Reports 1962*, vol. 36, p. 277, à la p. 290. La traduction anglaise du texte original rédigé en hébreu a été établie par le Ministère de la justice d'Israël.

125 - Décision de la Chambre d'appel, par. 44 et 45.

126 - *Ibid.*, par. 46 à 50.

127 - *Ibid.*, par. 51.

128 - Décision de la Chambre d'appel, par. 18 repris au par. 3 f) *supra*.

129 - *Ibid.*, par. 12 repris au par. 3 c) *supra*.

130 - Ce point a été clairement établi dans l'arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis en l'affaire *Yamashita*, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. IV, p. 43 et 44. « [...] Il est avancé que l'appelant n'est pas mis en cause pour avoir commis ou ordonné de commettre de tels actes et qu'en conséquence, aucune violation ne lui est reprochée. Cet argument perd de vue que le principal grief formulé à son encontre est d'avoir manqué au devoir qui était le sien, en qualité de commandant de corps d'armée, de contrôler les opérations de ses troupes, leur 'permettant de commettre', de manière généralisée et sur une grande échelle les atrocités spécifiées. » Cette distinction a été acceptée dans la jurisprudence de ce Tribunal. La Chambre de première instance *Celebici* a conclu que pour établir la responsabilité du supérieur hiérarchique, il n'était nul besoin d'établir un lien de causalité

entre l'acte du subordonné et le manquement du supérieur à son devoir de prévenir les crimes ou d'en sanctionner les auteurs : *Le Procureur c/ Delalic et consorts*, affaire n° IT-96-21-T, Jugement, 16 novembre 1998, par. 400 (la question n'a pas été soulevée en appel, même si la Chambre d'appel a affirmé qu'elle n'assimilait pas la responsabilité du supérieur hiérarchique à une responsabilité du fait d'autrui : Arrêt *Celebici*, par. 239) ; *Le Procureur c/ Kordic et Cerkez*, affaire n° IT-95-14/2-T, Jugement, 26 février 2001 (« Jugement *Kordic* »), par. 447. Dans l'arrêt *Bagilishema*, la Chambre d'appel a décrit au paragraphe 35 la responsabilité du supérieur hiérarchique uniquement en termes de manquement à l'obligation du supérieur : « Les références à la « négligence » dans le contexte de la responsabilité du supérieur hiérarchique risquent de créer une confusion dans les esprits, comme le montre le Jugement rendu en l'espèce par la Chambre de première instance. La loi impose au supérieur d'empêcher la commission de crimes dont il sait ou a des raisons de savoir qu'ils sont sur le point d'être commis, et de sanctionner les crimes dont il sait ou a des raisons de savoir qu'ils ont été commis par des subordonnés sur qui il exerce un contrôle effectif. La responsabilité d'un chef militaire ou d'un supérieur hiérarchique civil peut donc être engagée s'il ne s'est pas acquitté des tâches qui lui incombent en tant que supérieur hiérarchique, soit parce qu'il s'est délibérément abstenu de les exécuter, soit parce qu'il les a ignorés de manière coupable ou à dessein. » La distinction entre la responsabilité du supérieur hiérarchique découlant de ses propres omissions et sa responsabilité découlant des actes de ses subordonnés a été relevée par plusieurs commentateurs. Voici un commentaire relatif à la disposition similaire contenue dans l'article 28 du Statut de Rome : « Le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique met en cause le supérieur pour ses omissions. L'intéressé est sanctionné pour un manquement à son obligation de contrôler ses subordonnés et d'empêcher ou de réprimer la perpétration d'atrocités. Ce type de responsabilité pour omission est unique en droit international pénal. [...] Dans l'article 28, l'omission peut être considérée comme une infraction propre ou un crime distinct [...] car elle entraîne la responsabilité du supérieur uniquement pour le manquement à son devoir d'exercer la surveillance et le contrôle qui convenaient sur ses subordonnés et non, du moins pas 'directement', pour les crimes qu'ils ont commis. » : *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary* (sous la direction de Cassese et autres, vol. 1, chapitre 21 (« Responsabilité du supérieur hiérarchique »), Kai Ambos, p. 850 et 851.

131 - Décision de la Chambre d'appel, par. 45.

132 - Voir Commentaire des Protocoles additionnels (Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1986, par. 3562, p. 1047) : « Tout cela n'interdit d'ailleurs pas aux commandants de chercher à identifier les lacunes éventuelles du droit des conflits armés ou de promouvoir une interprétation concordante, sur les points qui ne sont pas clairement réglés. »

133 - Le jugement du lieutenant général Walter Kuntze a été rendu par le Tribunal militaire V dans le cadre de l'affaire n° 7, *United States v. Wilhelm List et al* (« affaire des otages »), 19 février 1948, reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No 10*, vol. XI, p. 1230 (« Jugement Kuntze »).

134 - Jugement *Kuntze*, p. 1279 et 1280.

135 - Décision de la Chambre d'appel, note 65.

136 - Décision de la Chambre d'appel, par. 50.

137 - Jugement *Kuntze*, p. 765 et 766 [non souligné dans l'original].

138 - *Ibid.*, p. 1274.

139 - *Ibid.*, p. 1276.

140 - *Ibid.*, p. 1277.

141 - *Ibid.*, p. 1280. Cette conclusion a été considérée comme l'une des toutes premières contributions au concept de la responsabilité du supérieur telle qu'il est aujourd'hui accepté en droit international coutumier ; il faut toutefois garder à l'esprit que, contrairement à l'affaire *Yamashita* (voir note 23 *supra*) dans laquelle la responsabilité était fondée sur le fait de permettre aux subordonnés de commettre les crimes, certains tribunaux n'avaient pas à ce stade perçu la distinction clairement établie aujourd'hui dans le droit coutumier entre la responsabilité du supérieur découlant du manquement à son devoir de prévenir les crimes et de punir leurs auteurs et sa responsabilité découlant des actes des subordonnés eux-mêmes (voir par. 9 et note 23 *supra*).

142 - Le Tribunal militaire a conclu qu'au cours du mois d'octobre 1941, le nombre des meurtres de civils innocents tués en représailles d'actes criminels commis par des inconnus excédait celui enregistré tous les mois précédents (Jugement *Kuntze*, p. 1276). Kuntze avait pris ses fonctions le 27 octobre. Le Tribunal militaire a déclaré qu'il semblait hautement improbable que Kuntze ait pris le commandement des troupes dans la région Sud-Est alors même que ces actions avaient lieu et que des rapports en faisaient état « sans qu'il en ait connaissance et sans qu'il ait donné son consentement » (Jugement *Kuntze*, p. 1276 et 1277). Le Tribunal militaire a conclu que l'accusé avait reçu un rapport couvrant toute la période de la résistance yougoslave jusqu'au 5 décembre 1941 inclus (Jugement *Kuntze*, p. 1277 – qui comporte visiblement une erreur typographique : il s'agit évidemment de 1941 et non de 1841). Ce rapport devait nécessairement faire état de meurtres commis avant l'existence du lien de subordination par des personnes devenues depuis les subordonnés de Kuntze.

Ces conclusions peuvent être opposées à celles relatives aux meurtres perpétrés par représailles après que Kuntze eut pris ses fonctions, question bien distincte de celle du regroupement et du meurtre des Juifs. Les rapports quotidiens transmis à Kuntze révélaient que des milliers de personnes avaient été tuées conformément à *des ordres émis ou transmis par l'accusé* (Jugement *Kuntze*, p. 1277, non souligné dans l'original). Bien qu'il ait été informé de ces meurtres, il s'est non seulement abstenu de prendre des mesures pour éviter que de tels actes ne se reproduisent, mais il a encouragé ses subordonnés à entreprendre des actions plus violentes encore et il a donné des ordres et des directives pour exercer des représailles (y compris des meurtres) sans qu'elles soient fondées sur des décisions de justice (Jugement *Kuntze*, p. 1278). Ces ordres et directives constituaient des violations du droit international et étaient punissables en tant que crimes. Le Tribunal militaire a estimé que les ordres qu'il avait émis et le fait qu'il n'ait pas pris ultérieurement des mesures pour mettre un terme à ces meurtres illicites après qu'il en eut été informé entraînaient la responsabilité pénale de l'accusé (Jugement *Kuntze*, p. 1278 et 1279).

- 143 - Décision de la Chambre d'appel, par. 47.
- 144 - Arrêt *Celebici*, par. 237.
- 145 - Commentaire des Protocoles additionnels, par. 3402, p. 999.
- 146 - Décision de la Chambre d'appel, par. 18 repris au par. 3 f) *supra*.
- 147 - Hans-Peter Gasser, *International Humanitarian Law – An Introduction*, Haupt, 1993, p. 16.
- 148 - Décisions de la Chambre d'appel dans lesquelles a été adoptée cette approche s'agissant de questions de droit humanitaire : *Le Procureur c/ Tadic*, affaire n° IT-94-1-A, Arrêt, 15 juillet 1999 (« Arrêt *Tadic* ») pour ce qui est de l'article 2 du Statut du Tribunal (par. 166), de l'article 5 (par. 282 à 285) et de l'article 7 1) (par. 190 et 191) ; *Le Procureur c/ Aleksovski*, affaire n° IT-95-14/1-A, Arrêt, 24 mars 2000 (« Arrêt *Aleksovski* ») pour ce qui est de l'article 2 (par. 152) ; Arrêt *Celebici* pour ce qui est également de l'article 2 (par. 67 à 70 et 81). Décisions rendues par la Chambre d'appel dans lesquelles a été adoptée cette approche s'agissant d'autres questions : Arrêt *Aleksovski*, s'agissant de la règle du précédent (par. 98) ; *Le Procureur c/ Milosevic*, affaire n° IT-01-51-AR73, Motifs de la décision relative à l'appel interlocutoire de l'Accusation contre le rejet de la demande de jonction, 18 avril 2002, s'agissant des divergences entre les versions anglaise et française du Règlement de procédure et de preuve (par. 16). Voir également *Le Procureur c/ Furundzija*, affaire n° IT-95-17/1-T, Jugement, 10 décembre 1998 (« Jugement *Furundzija* ») pour ce qui est des formes de responsabilité énoncées à l'article 7 1) (par. 254).
- 149 - *Le Procureur c/ Blaskic*, affaire n° IT-95-14-T, Jugement, 3 mars 2000, par. 336.
- 150 - Jugement *Kordic*, par. 444 à 446.
- 151 - *Ibid.*, par. 446.
- 152 - *Idem*.
- 153 - Voir Arrêt *Aleksovski*, par. 72 et 76 ; Arrêt *Celebici*, par. 192, 193 et 198.
- 154 - Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, 1996, (A/51/10) (« Rapport de la CDI »).
- 155 - Décision de la Chambre d'appel, par. 48 se référant à la page 56 du Rapport de la CDI.
- 156 - *Ibid.*, par. 49.
- 157 - Les membres de la CDI sont élus à titre individuel et non en tant que représentants de leur gouvernement : voir le site Internet de la Commission du droit international (créé par la Division de la codification, Bureau des affaires juridiques des Nations Unies : <http://www.un.org/french/law/ilc/membefra.htm>) dans la rubrique « Élection ». La distinction a été établie entre un tel projet de code et le droit international coutumier, par exemple dans *Le Procureur c/ Kupreskic et consorts*, affaire n° IT-95-16-T, Jugement, 14 janvier 2000 (« Jugement *Kupreskic* »), par. 591.
- 158 - La raison en est que les juges Bennouna et Robinson, membres de la CDI en 1996, ont formulé la même conclusion à l'occasion du Jugement *Kordic* (voir *supra*, par. 23) : « Les personnes qui prennent le commandement après la commission du crime ont la même obligation de punir. »
- 159 - Rapport de la CDI, p. 57 et 58, par. 4.
- 160 - Voir *supra* par. 20.
- 161 - Commentaire des Protocoles additionnels : par. 3545, p. 1038. Malheureusement, la référence faite dans une note de ce passage aux travaux de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés [p. 131 et 132 de la version anglaise], concerne la discussion relative à la responsabilité du subordonné qui agit conformément aux ordres d'un supérieur (article 7 4) du Statut) plutôt que la responsabilité du supérieur (article 7 3) du Statut). [L'article 7 4) dispose : « Le fait qu'un accusé a agi en exécution d'un ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale mais peut être considéré comme un motif de diminution de la peine si le Tribunal international l'estime conforme à la justice. »]
- 162 - L'article 87 3) du Protocole additionnel I est cité *supra* par. 21.
- 163 - Décision de la Chambre d'appel, par. 46.
- 164 - Jugement *Furundzija*, par. 227 ; Arrêt *Tadic*, par. 223.
- 165 - Décision de la Chambre d'appel, par. 51.
- 166 - Jugement *Furundzija*, par. 227
- 167 - A/Conf.183/C.1/WGGP/L.4/Add.1, 29 juin 1998, p. 3.
- 168 - Décision de la Chambre d'appel, par. 52 à 56.
- 169 - S'agissant de la deuxième question soulevée dans l'appel, la majorité a souligné la nécessité d'établir l'existence de règles coutumières pour ce qui est de l'application du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique à la situation factuelle particulière, alors que, s'agissant de la première question, la majorité n'a pas souligné la nécessité d'établir l'existence de telles règles coutumières pour ce qui est de l'application de ce principe en cas de conflit armé interne (plutôt qu'international).
- 170 - Décision de la Chambre d'appel, par. 52 et 56.
- 171 - Décision de la Chambre d'appel, par. 52.
- 172 - *Ibid.*, par. 12. J'ai souligné le terme « raisonnablement » dans cette citation ainsi que dans la suivante.
- 173 - J'ai formulé ces propos de la manière suivante dans la présente opinion : « Un principe reconnu comme faisant partie du droit international coutumier peut toutefois s'appliquer à une situation nouvelle lorsqu'elle relève **raisonnablement** du champ d'application de ce principe. »
- 174 - Par. 8 *supra*. Voir aussi par. 13.
- 175 - Par. 9 à 12 *supra*.
- 176 - Décision de la Chambre d'appel, par. 51. La même confusion entre les deux concepts apparaît déjà au paragraphe 52 de la

Décision de la Chambre d'appel lorsque celle-ci affirme que la majorité et les Juges minoritaires sont d'accord sur le fait que « des règles, clairement établies, peuvent s'appliquer à de nouvelles situations factuelles relevant **clairement** du champ d'application de ces règles » [non souligné dans l'original]. Encore une fois, cette affirmation m'est attribuée à tort dans la note 67 de la Décision de la Chambre d'appel.

177 - Décision de la Chambre d'appel, par. 52.

178 - Par. 8 *supra* renvoyant au par. 12 de la Décision de la Chambre d'appel.

179 - Voir par. 10 *supra*.

180 - Jugement *Kupreskic*, par. 525.

181 - Affaire *Shimoda et al*, Tribunal régional de Tokyo, Japon, jugement du 7 décembre 1963, repris dans L. Friedman, *The Law of War*, vol. II, p. 1688 à 1702, p. 1688. Site Internet (en anglais) : www.icrc.org/ihl-nat.nsf.

182 - *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif*, C.I.J., Recueil 1996, p. 66.

183 - De même, dans son avis consultatif, la Cour internationale de justice a suivi un raisonnement similaire en affirmant que la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires devait être considérée à la lumière du « droit applicable à la question [...] qui est le plus directement pertinent », à savoir le droit relatif à l'emploi de la force, tel que consacré par la Charte des Nations Unies, et le droit applicable dans les conflits armés, qui régit la conduite des hostilités, ainsi que les divers traités concernant spécifiquement l'arme nucléaire, même si aucun de ces principes de droit ne traite spécifiquement de la question dont la Cour a été saisie (par. 34). La Cour a reconnu que les armes nucléaires ont été inventées après l'apparition des principes et des règles du droit humanitaire mais qu'on ne pouvait cependant pas douter que ces principes et règles établis leur étaient appliqués. Toute conclusion contraire « méconnaîtrait la nature intrinsèquement humanitaire des principes juridiques en jeu, qui imprègnent tout le droit des conflits armés et s'appliquent à toutes les formes de guerre et à toutes les armes, celles du passé, comme celles du présent et de l'avenir » (par. 85 et 86).

184 - L'exposé des conclusions des plaignants est tiré du sommaire de l'affaire, Friedman, *Law of War*, p. 1688.

185 - *Ibid.*, p. 1690.

186 - *Ibid.*, p. 1693.

187 - *Ibid.*, p. 1690.

188 - *Ibid.*, p. 1690. La Cour européenne des droits de l'homme a suivi un raisonnement similaire dans l'affaire *K-H. W c. Allemagne*, requête n° 00037201/97, 22 mars 2001, par. 45.

189 - Voir *supra*, par. 21.

190 - Décision de la Chambre d'appel, par. 53.

191 - Commentaire des Protocoles additionnels, par. 3541, p. 1035.