

## OPINION INDIVIDUELLE DU JUGE LATTANZI

1. Je regrette de ne pouvoir partager certains des arguments développés par la majorité des juges de la Chambre dans les paragraphes 21 à 35 du Jugement, à propos des différentes modalités par lesquelles les omissions peuvent engager la responsabilité de leurs auteurs selon les Statuts des deux Tribunaux pénaux internationaux. Je me limiterai ici à souligner seulement quelques arguments plus significatifs que je ne peux partager.

2. Les omissions engagent la responsabilité de leur auteur avant tout conformément aux articles 6(3), 7(3) desdits Statuts, où elles sont explicitement considérées pour ce qui concerne la responsabilité du supérieur au regard des agissements de leurs subordonnés. D'une telle forme de responsabilité forme de responsabilité n'est pas question dans la présente Affaire, comme la Chambre bien le souligne<sup>1</sup>.

3. Comme il résulte clairement de la jurisprudence des Chambres de première instance<sup>2</sup> et d'appel<sup>3</sup>, la responsabilité par omission peut être envisagée aussi selon les articles 6(1), 7(1), en particulier comme une forme d'assistance ou d'encouragement (voire d'incitation<sup>4</sup>) à la commission du crime par l'auteur principal. Les omissions peuvent également engager la responsabilité d'un

---

<sup>1</sup> Mpambara Judgment (TC) 12 September 2006, p. 2, footnote 4.

<sup>2</sup> V. Bagilishema, TC Judgment, 7 June 2001, para 675, Rutaganira Jugement 1<sup>ère</sup> instance, 14 Mars 2005, p. 17, para 68. la Chambre de 1<sup>ère</sup> instance dans Blaskic a affirmé que l'*actus reus* de l'aide ou encouragement peut bien être réalisé par une omission «provided this failure to act had a decisive effect on the commission of the crime and that it was coupled with the requisite *mens rea*» (citée dans Blaskic judgment (AC), 29 July 2004, para. 47. V. aussi Kvočka TC Judgment, 2 November 2001, para. 251. Une récente, très intéressante décision sur l'omission comme modalité de commission d'un crime selon le Statut du TPIY, est celle de la Chambre de 1<sup>ère</sup> instance dans Blagojevic, où on donne une illustration approfondie de la loi applicable à cet aspect : Blagojevic Judgment TC 17 January 2005, p. 261, para. 726.

<sup>3</sup> La jurisprudence de la Chambre d'appel soit confirme essentiellement l'approche des jugements rendus par les Chambres de première instance, admettant la responsabilité par omission dans le cadre de l'aide et de l'encouragement prévus par l'article 6(1), 7 (1) des deux Statuts, soit envisage la responsabilité par omission directement en appel. C'est ainsi que la Chambre d'appel dans *Blaskic* a considéré spécifiquement l'affirmation de la Chambre de 1<sup>ère</sup> instance sur l'aide et l'encouragement par omission en laissant ouvert seulement l'aspect de la source de l'obligation (Judgment, 29 July 2004, para 47). Dans *Ntagerura* aussi on a eu l'occasion, en appel même, d'occuper de la responsabilité selon l'art. 6(1), mais on s'est limité à faire état de l'accord des parties sur le fait «qu'un accusé /peut/ être tenu pénalement responsable d'une omission sur la base de l'art. 6(1) du Statut» (par. 334). Dans *Blaskic*, encore, la Chambre d'appel a considéré l'accusé responsable de traitements inhumains pour des manquements à une obligation d'agir, excluant sa responsabilité pour des actes positifs se rapportant au même chef et qui avait été retenue par la Chambre de première instance. Pour économie du discours je ne me réfère pas à d'autres décisions et jugements, en 1<sup>ère</sup> instance et appel, où les omissions ont été bien considérées comme forme de responsabilité selon les articles 6(1) et 7(1) des Statuts. Je ne partage donc pas l'avis de la majorité de la Chambre qu'en plus des omissions en présence de l'accusé ou en stricte connexion avec des actes positifs, "other examples of aiding and abetting through failure to act are not to be easily found in the annals of the *ad hoc* Tribunals" (Mpambara Judgment, para. 23).

<sup>4</sup> "Instigation can take many different forms; it can be expressed or implied, and entail both acts and omissions". *Blaskic* Judgment TC 3 March 2000, para 270.

individu dans le cadre d'une entreprise criminelle conjointe (ECC)<sup>5</sup>. Dans ce cas, l'individu serait responsable d'une commission<sup>6</sup>.

Ce sont en l'espèce les deux formes de responsabilité par omission que plaide le Procureur.

4. Je ne vois pas que "liability for an omission may arise in a third, fundamentally different context: where the accused is charged with a duty to prevent or punish others from committing a crime", ni que "the culpability arises not by participating in the commission of a crime, but by allowing another person to commit a crime which the Accused has a duty to prevent or punish"<sup>7</sup> (sauf le contexte de la responsabilité du supérieur, à laquelle d'ailleurs la majorité de la Chambre n'entend pas se référer<sup>8</sup>).

5. A mon avis, l'expression *Failure of Duty to Prevent or Punish*, ne se référant pas à la disposition de l'art. 6(3), ne vise pas un contexte différent par rapport aux contextes relatifs aux autres omissions plaidées, mais décrit des infractions particulières, toute omission coupable n'étant qu'un manquement au devoir d'agir. En effet, si les actions comportant une responsabilité pénale consistent dans la violation d'une règle juridique portant interdiction de faire, les omissions sources de responsabilité consistent toujours dans la violation d'une règle juridique portant obligation d'agir<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> La Chambre d'appel dans l'affaire Kvočka a approfondi les distinctions à faire par rapport à la *mens rea* et à l'effet substantiel entre une omission comme simple forme d'aide et encouragement et une omission dans le contexte d'une ECC (Judgement AC, 28 February 2005, para. 90).

<sup>6</sup> Je ne vois pas que "it is hard to imagine that total passivity could demonstrate the requisite intent for co-perpetratorship" (pararagraph 24 du Jugement) : cela dépend seulement des circonstances concrètes. La « passivité » coupable représente l'*actus reus* (violation d'un devoir d'agir), la *mens rea* est un autre élément à prouver : et on peut bien partager la *mens rea* des autres participants à la ECC même en omettant simplement de remplir un devoir d'agir.

<sup>7</sup> Mpambara Judgment, TC 12 September 2006, p.13, para. 25.

<sup>8</sup> V. à ce propos note 1 ci-dessus. Mais le langage utilisé dans le passage cité semble justement évoquer la responsabilité du supérieur.

<sup>9</sup> Sur la source de l'obligation d'agir la jurisprudence des deux Tribunaux se divise. Il y a des Chambres qui, suivant la décision d'Appel Tadic dans laquelle pour la première fois on s'est occupée de cette question, voient cette source seulement dans le droit pénal, tandis que d'autres Chambres prennent en considération une « obligation légale d'agir quelconque ». La dernière approche, en tout cas suivie le plus souvent. Malheureusement la question n'a pas été abordée sinon indirectement par la Chambre d'Appel dans l'Affaire Ntagerura. Ici, se trouvant confrontée à une décision de 1<sup>ère</sup> instance qui reprenait sur le point l'approche qu'on trouve dans Tadic sur la source pénale de l'obligation d'agir, la Chambre d'appel a décidé de ne pas approfondir cet aspect et de se limiter à considérer la question de la capacité d'agir, qui avait été à la base de l'opinion individuelle d'un Juge de 1<sup>ère</sup> instance. La Chambre a donc conclu dans le sens que « le Procureur n'a pas indiqué les possibilités dont disposait Bagambiki pour s'acquitter de ses obligations dans le cadre de la législation nationale rwandaise », en ajoutant que « même si le fait de ne pas s'être acquitté de l'obligation incombant à un préfet rwandais d'assurer la protection de la population dans sa préfecture était susceptible d'engager sa responsabilité en droit pénal international, le Procureur n'a pas établi que l'erreur qu'aurait commise la Chambre de première instance a invalidé sa décision ». A mon avis, le droit pénal, interne ou international, peut prévoir des conséquences en terme de responsabilité individuelle pour violation d'obligations prévues par d'autres branches du droit, comme c'est le cas pour les obligations posées à la charge des agents d'Etats.

6. S'il est vrai que l'expression en question présente, surtout en ce qui concerne le manquement au devoir de punir, une certaine ambiguïté par rapport à la responsabilité selon l'Article 6(3), par la charge plaidée on envisage la punition manquée des auteurs des crimes comme une facilitation, un encouragement à la commission de crimes ultérieurs pour lesquelles la responsabilité de l'Accusé serait encore engagée. Et cela pourrait bien être le cas surtout dans une situation, comme dans la présente affaire, d'attaques continues qui ont eu une stricte connexion tant spatiale que temporelle et même personnelle entre eux (la même Commune, une période de temps très court, parfois les mêmes attaquants). On se trouverait donc toujours dans le contexte de l'aide et encouragement selon l'art. 6(1)<sup>10</sup>.

7. Je regrette encore de ne pas pouvoir partager l'avis de la majorité de la Chambre que parmi les omissions plaidées par le Procureur dans la présente affaire comme forme de participation de l'Accusé à une ECC de la première catégorie ou comme aide ou encouragement donnés aux auteurs des crimes et que la Chambre considère dans ses conclusions, on ne pourrait pas considérer<sup>11</sup> *Failure of Duty to Prevent or Punish*, parce que la défense n'aurait pas été adéquatement informée à temps de cette « particulière omission »<sup>12</sup>.

8. A mon avis, si la défense n'a pas pu exercer ses droits pour ne pas avoir reçu une information adéquate du prétendu manquement par l'Accusé au *devoir d'empêcher les crimes et d'en punir les auteurs*, on doit retenir qu'elle n'a même pas reçu une telle information en ce qui concerne les autres omissions plaidées, pour lesquelles la majorité de la Chambre ne relève aucun défaut de l'Acte d'accusation. Mais, pourtant, toute omission doit être plaidée selon les éléments qui la caractérisent, y compris l'obligation dont la violation comporterait une omission coupable selon le Statut.

---

<sup>10</sup> En principe, le manquement à un devoir d'agir comme fondement de la responsabilité pénale selon les articles 6(1) et 7(1) des deux Statuts s'exprime par une conduite précédente à la commission du crime et non pas par une conduite successive, telle que le manquement au devoir de punir. En effet, cette dernière infraction acquiert une considération autonome exclusivement dans le contexte de la responsabilité du supérieur selon les articles 6(3) et 7(3). Cela n'exclut toutefois pas la possibilité de considérer le manquement par un accusé au devoir de punir l'auteur d'un crime, selon les circonstances du cas, sous la responsabilité pour aide ou encouragement. Le manquement à ce devoir peut bien représenter un manquement au devoir d'empêcher des crimes ultérieurs et donc à en aider ou encourager la commission. C'est ce qu'aussi la Chambre 1<sup>ère</sup> instance dans l'Affaire Blaskic envisage, implicitement confirmée dans son opinion par la Chambre d'appel : « the failure to punish past crimes, which entails the commander's responsibility under Article 7(3), may, pursuant to Article 7(1) and subject to the fulfilment of the respective *mens rea* and *actus reus* requirements, also be the basis for his liability for either aiding and abetting or instigating the commission of future crimes » (Judgement TC, 29 July 2004, para. 337).

<sup>11</sup> Mpambara Judgment (TC) 12 septembre 2006, p 13, para. 35: "The Chamber will, however, consider the evidence of omissions adduced at trial to the extent that they may be probative of the accused's participation in a joint criminal enterprise or having aided and abetted another in the commission of a crime". Mais, on verra qu'on a fini par considérer aussi la charge contestée par la majorité de la Chambre.

<sup>12</sup> "There is no mention of any duty to prevent or punish crimes. It bears repeating that the prosecution is permitted to bring potentially incompatible charges against the Accused. The defect here is not the incompatibility, but the failure to distinctly explain that the omissions alleged against the Accused constituted a breach of his duty to prevent or punish the crimes of others" (Mpambara Judgment (TC), paragraph 34).

9. Si je partage pour l'essentiel, la reconstruction par la majorité de la Chambre des défauts que l'Acte d'accusation contre l'accusé Mpambara présentait et auxquels les successives écritures n'avaient pas réussi à remédier efficacement (mais cela par rapport à toute omission plaidée et non seulement au manquement au devoir de prévenir et punir), je suis toutefois de l'avis que l'Accusé n'a subi aucun préjudice à son droit de se défendre.

10. En effet, selon l'opinion de la Chambre d'appel, l'obligation qui est faite au Procureur d'informer l'accusé clairement et en détail des charges alléguées à son encontre, doit être considérée non de façon isolée, mais en fonction du droit de l'accusé à assurer sa défense. Dès lors, il est nécessaire d'évaluer si le Procureur en a donné une information adéquate par rapport à la compréhension qu'en a eu la Défense. En effet, s'il est vrai qu'« aucune déclaration de culpabilité ne peut être prononcée lorsque le manquement à l'obligation d'informer dûment la personne poursuivie des motifs de droit et de fait sur lesquels reposent les accusations dont elle est l'objet a porté atteinte à son droit à un procès équitable », il n'en est pas moins vrai que la Chambre doit apprécier concrètement si l'accusé était ou non « in a reasonable position to understand the charges against him or her ». Encore, selon la Chambre d'appel, si la Chambre de 1<sup>ère</sup> instance « juge l'acte d'accusation vicié parce qu'il est vague ou ambigu, elle doit rechercher si l'accusé a néanmoins bénéficié d'un procès équitable ou, en d'autres termes, si le vice constaté a porté préjudice à la défense »<sup>13</sup>.

11. Une telle vérification doit donc se faire à la lumière des droits que la défense a concrètement exercé pendant le procès. Si, pour une raison ou une autre, ces droits ont été effectivement exercés malgré la faiblesse des informations fournies par le Procureur quant aux charges retenues contre l'accusé, il serait même contraire à l'intérêt de la justice que la Chambre décide de ne pas considérer ces charges. Ces charges doivent naturellement être considérées dans les limites de l'exercice concret des droits de la défense par rapport à chaque événement et à chaque fait matériel allégués dans l'Acte.

12. En l'espèce, à la lumière des preuves présentées par la Défense tout le long du procès (y compris le témoignage de l'accusé), je suis de l'avis qu'elle a effectivement exercé ses droits par rapport à toutes les omissions alléguées par le Procureur, y compris le « manquement de l'accusé au devoir tant d'empêcher que de punir » invoqué dans le cadre de la responsabilité pour participation à une ECC ou pour aide ou encouragement prévu à l'article 6(1) du Statut<sup>14</sup>.

13. D'ailleurs, dans le but de vérifier si l'accusé pouvait en être retenu responsable, la Chambre a pris soin de considérer toutes les omissions alléguées au cours du procès, y compris celle qui est

---

<sup>13</sup> Jugement Ntagerura (CA) 7 juillet 2006, para. 28.

<sup>14</sup> La Chambre a entendu les témoins de la défense évoquer les appels par l'accusé à la pacification et les assemblées convoquées dans ce but, les secours apportés par l'accusé avec le Père Santos aux réfugiés. Ils ont parlé aussi des enquêtes menées par l'accusé pour trouver les auteurs des crimes et du fait qu'il n'ait pas été à même de les porter à bien pour manque de moyens. Tous les témoins de la défense ont parlé de la continue et inutile demande d'aide par l'accusé auprès du sous-préfet et donc de l'indisponibilité de moyens suffisants pour pouvoir contraster les attaques et en punir les auteurs sur un territoire communal très étendu, dont la sécurité était assurée seulement par 6/7 policiers. L'accusé même a déclaré que si ces policiers avaient été utilisés pour arrêter les criminels et garder leur prison au lieu d'être affectés par lui à la sécurité des réfugiés, encore si faible, tous les réfugiés auraient été tués, tandis qu'il avait réussi à épargner beaucoup de vies. On lui a entendu dire qu'arrêter les attaquants aurait représenté un « suicide ». Ce sont là seulement certains des arguments portés par la défense pour contester les charges. Je renvoie à ce propos à ces témoignages ainsi que rapportés dans le Jugement.

contestée par la majorité de la Chambre pour manque d'information adéquate (*failure of duty to prevent and punish*).

14. La Chambre a donc conclu, pour chaque attaque et charge alléguées à l'encontre de l'accusé, que les omissions n'étaient pas prouvées au-delà de tout doute raisonnable, ou qu'elles ne démontraient ni la participation à une ICC ni une assistance ou un encouragement aux attaques, raison du fait que certains éléments de ces conduites n'avaient pas été prouvés au-delà de tout doute raisonnable. Et je partage entièrement ces conclusions.