

Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef : la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international[†]

Anne-Marie Boisvert,* Hélène Dumont** et Martin Petrov***

La présente étude porte sur une règle d'attribution de responsabilité criminelle à des supérieurs hiérarchiques civils, politiques, militaires et paramilitaires pour les crimes de guerre et contre l'humanité de leurs subordonnés, commettants ou soldats et qui est connue en droit pénal international sous le vocable de la doctrine du supérieur hiérarchique. Les auteurs s'adressent tout spécialement aux juristes canadiens et examinent les diverses facettes de la règle internationale en prenant comme point de comparaison les règles de complicité du droit pénal canadien, en espérant faciliter leur compréhension de ce droit complexe et encore mal connu.

L'étude retrace d'abord les origines de cette doctrine en droit international, ensuite l'article en étudie l'évolution à partir de la jurisprudence des tribunaux ad hoc (TPIY et TPIR). Enfin, les auteurs jettent un oeil critique sur les nouvelles dispositions concernant la responsabilité du supérieur hiérarchique du Statut de la Cour pénale internationale (CPI). Les auteurs montrent que la doctrine du supérieur hiérarchique, à elle seule, pourrait être insuffisante pour s'en prendre aux plus hauts responsables dans

[†] Les auteurs remercient le fonds CRSH pour l'aide financière apportée à la préparation du présent article.

* Professeure titulaire, Doyenne de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

** Professeure titulaire, Faculté de droit de l'Université de Montréal.

*** Juriste adjoint, Greffier, TPIY. Les vues exprimées dans le présent article sont strictement personnelles et n'engagent aucunement la responsabilité du TPIY.

l'échelle du pouvoir ou de commandement et les rendre redevables des crimes commis par leurs subordonnés. Ils soumettent qu'avec cette règle particulière d'assujettissement à la responsabilité criminelle, il est en tout cas plus facile de s'en prendre aux responsables intermédiaires plus près du théâtre des opérations criminelles de grande envergure que de mettre fin à l'impunité des chefs ou têtes dirigeantes qui les ont conçues et rendues possibles. S'il est prématuré d'accuser la justice pénale internationale de s'en prendre seulement à des exécutants mineurs plutôt qu'aux plus hauts responsables des graves violations du droit international humanitaire, la thèse du « bouc émissaire » risque tout de même d'être alimentée fortement si le droit pénal international n'élabore pas rapidement une véritable théorie de la responsabilité pénale dont la doctrine du supérieur hiérarchique ne serait qu'un maillon et qui ferait en sorte que les plus hauts responsables de crimes de masse endossent plus de responsabilité criminelle que la masse des simples exécutants.

This study concerns the rule imputing criminal responsibility to civil, political, military and paramilitary senior officers for war crimes and crimes against humanity committed by their subordinates, principals or soldiers. This rule is known in international law as the doctrine of command responsibility. In this article, the authors address Canadian jurists in particular and examine different aspects of the international rule through comparison with the rules of complicity in Canadian criminal law. The aim is to clarify this complex and largely unknown area of law.

This article begins by tracing the origins of this doctrine in international law, and then proceeds to study its development through the case law of the ad hoc tribunals (ICTY and ICTR). Finally, the authors take a critical look at the new provisions concerning command responsibility in the Statute of the International Criminal Court. The authors show that the command responsibility doctrine could be insufficient on its own to take on the highest officers on the ladder of power or command and to hold them responsible for the crimes committed by their subordinates. They submit this particular rule makes it easier to take on intermediate officers who are closer to large criminal operations than to put an end to the impunity of leaders who conceived and made these operations possible. While it would be premature to accuse international criminal justice of only taking on minor executants, rather than the highest officers responsible for serious violations of international humanitarian law, the scapegoat theory might still be fuelled if international criminal law does not quickly realize a more comprehensive doctrine of criminal responsibility, of which the doctrine of command responsibility would only be a link to ensure that more responsibility be shouldered by the highest officers responsible for mass crimes.

A. Introduction

L'opinion publique occidentale désigne sans ambages comme des criminels de guerre et responsables de crimes contre l'humanité les Slobodan Milosevic, Jean Kambanda, Augusto Pinochet, Charles Taylor, Saddam Hussein alors que les Ariel Sharon, Yasser Arafat, et George Bush (père et fils) font l'objet de plus de controverse, leur nom étant associé à de graves violations du droit humanitaire par les uns, ou de hauts faits d'armes par les autres. Le droit pénal international quant à lui est loin d'être au bout de ses peines quand il s'agit de mettre fin à l'impunité des premiers ou d'assujettir les seconds à une quelconque juridiction pénale nationale ou internationale. Pourtant, porter des accusations criminelles devant un tribunal contre des chefs d'État et plus hauts gradés militaires en relation avec des crimes réputés les plus graves va de soi pour la grande majorité des contemporains non juristes. Le grand public de la société canadienne et la « communauté internationale », dans la mesure où l'on parle d'elle en bloc, entretiennent la conviction que les plus hauts dirigeants sont les véritables responsables quand des crimes de guerre, un génocide ou des crimes contre l'humanité se produisent. Cette conviction est d'autant plus naturelle qu'il paraît en effet inconcevable au commun des mortels que la commission de crimes aussi horribles et à une si grande échelle soit spontanée et n'exige pas la planification et la participation active des autorités militaires et civiles supérieures comme condition de réalisation. On présume dès lors que les dirigeants militaires et politiques ont joué un rôle actif dans l'élaboration et la mise en œuvre de politiques guerrières, inhumaines ou génocidaires qui ont donné lieu aux violations graves du droit international humanitaire par un grand nombre d'exécutants.

Pour les juristes toutefois, la question de la responsabilité pénale des chefs d'État ou des chefs militaires est plus complexe et s'inscrit au cœur d'un paradoxe. S'il est courant dans le langage populaire de traiter celui au sommet de la pyramide du pouvoir ou de l'autorité comme étant le principal responsable de violations graves du droit humanitaire, le droit pénal traditionnel, quant à lui, répugne à reconnaître la responsabilité d'une personne pour le fait d'autrui et assigne généralement la plus grande part de responsabilité à l'auteur réel de l'infraction, c'est-à-dire l'exécutant. Il est par conséquent beaucoup plus facile de reconnaître la responsabilité de celui qui presse la gâchette que celle de son supérieur en droit pénal international. Le droit pénal canadien que l'on peut citer en exemple, s'en tire mieux pour reconnaître les criminels qui commettent les crimes que ceux qui les conçoivent ou qui en permettent l'exécution. Bien évidemment, il sera possible en droit international, comme en droit interne, d'engager la responsabilité du chef si ce supérieur a directement ordonné ou autorisé la commission de l'infraction, les règles de responsabilité personnelle ou de complicité étant suffisamment développées pour s'en prendre à ces

coupables évidents.¹ Les juristes sont toutefois perplexes quand il s'agit de reproduire dans l'ordre international certaines règles du jeu qui fonctionnent généralement bien dans le droit interne, celles voulant que les auteurs réels soient généralement les véritables responsables de leurs gestes criminels, leurs complices l'étant tout autant ou, le cas échéant, l'étant dans une moins large mesure. Il est plutôt rare que le droit interne considère celui qui n'est pas l'auteur réel comme le plus responsable du crime commis. Or, en matière de criminalité internationale, on a affaire d'une part à une criminalité de groupe du côté des exécutants et des auteurs réels et d'autre part à une criminalité idéologique ou de « tête dirigeante » du côté de ceux qui sont les chefs et architectes de cette entreprise collective. Nous devrions donc en toute logique juridique imaginer les premiers tels des participants secondaires et les seconds comme les principaux responsables. On aurait ainsi le droit d'être étonné que les règles pénales internationales nous obligent à tenir les premiers comme les véritables responsables et les seconds comme des criminels de deuxième ordre. On le serait encore davantage si l'on disait que les supérieurs hiérarchiques qui se tiennent loin du terrain des opérations criminelles peuvent encore jouir d'une certaine impunité!

Dans la présente étude, nous nous intéressons à la question de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques pour les crimes de leurs subordonnés. On dit volontiers que les chefs militaires et civils doivent non seulement s'abstenir de violer le droit international humanitaire, mais aussi empêcher leurs subordonnés de le faire. À quelles conditions un commandant peut-il être reconnu coupable des crimes de ses soldats, ou un chef d'État, des crimes de ses commettants? Nous examinons donc la doctrine connue sous le nom de la « *responsabilité du supérieur hiérarchique* » en droit pénal international. Notre article soulève une question théorique plus large : comment circonscrire adéquatement en droit pénal international le phénomène d'une criminalité par omission ou abstention d'agir et indirecte des supérieurs hiérarchiques qui soit opérationnelle et juste au regard d'une responsabilité pour une criminalité directe et par action des subordonnés. Dans un premier temps, nous retraçons l'histoire de cette doctrine en droit international. Dans une deuxième partie, nous étudions l'évolution de cette doctrine dans la jurisprudence des deux tribunaux pénaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Nous pourrions vérifier si la responsabilité juridique des chefs pour les crimes de leurs subordonnés correspond à l'idée populaire qu'ils sont les principaux responsables. Enfin, dans une troisième partie, nous jetons un regard critique sur les nouvelles dispositions concernant la responsabilité du supérieur hiérarchique qui sont prévues dans le statut de Rome sur la cour pénale internationale.

1 *Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal*, Doc. NU 50e session, Supplément n(12 (a/1316), Nations Unies, New York, 1950, p. 12-16. En droit canadien, on peut citer l'article 22 du *Code criminel* L.R.C. (1985), c. C-46 (ci-après le *Code criminel*).

B. Le développement historique du concept de responsabilité du supérieur hiérarchique

1. Des origines floues

Il est difficile de retracer avec certitude la genèse du droit de la responsabilité du supérieur hiérarchique pour les crimes de ses subordonnés. Les concepts de commandement et de responsabilité semblent avoir été toujours reliés, mais avant la Deuxième Guerre mondiale, on ne sait pas vraiment s'il s'agit d'une responsabilité pénale ou internationale.² La littérature rapporte que le concept juridique aurait reçu une certaine reconnaissance internationale au procès de Peter Von Hagenbach en 1474. Un panel composé de vingt-huit juges suisses, allemands et alsaciens aurait condamné à mort Von Hagenbach pour des meurtres, viols et autres atrocités commis à l'encontre des habitants de la ville de Breisach — des crimes qu'il avait le devoir de prévenir en sa qualité de gouverneur de la ville occupée.³ On retrace également d'autres exemples de procédures nationales datant du XVIIIe siècle dans lesquelles le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique est appliqué; mais ces procès se déroulent dans un contexte militaire.⁴ Il faut attendre 1907 pour que le principe en vertu duquel les commandants militaires sont responsables de la conduite de leurs subordonnés soit enfin codifié en droit international. En effet, le *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* du 18 octobre 1907 et annexé à la *IVe Convention de La Haye*.⁵ énonce que les milices et les corps de volontaires bénéficient des protections accordées par la Convention pourvu qu'ils aient « à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ». Selon l'article 43 du même Règlement, la personne en charge d'un territoire occupé doit prendre « toutes les mesures qui dépendent d'elle en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ». Enfin, l'article 19 de la *Convention pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève* (la *Xe Convention de la Haye* du 18 octobre 1907) oblige les commandants en chef de flottes des belligérants à s'assurer du respect des dispositions de la Convention.

2. L'entre deux guerres mondiales : des recommandations internationales

À la fin de la Première Guerre mondiale, on charge une commission internationale de la rédaction d'un rapport sur la responsabilité des coupables

2 William H. Parks, *Command Responsibility for War Crimes*, 62 *Mil. L. Rev.* 1, 19 (1973).

3 *Id.*, p. 4-5.

4 George Coil, *War Crimes of the American Revolution*, 82 *Mil. L. Rev.* 171, 193-97 (1978).

5 Article 1 du *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* annexé à la *IVe Convention de la Haye, sur les lois et coutumes de la guerre sur terre* du 18 octobre 1907.

de la guerre.⁶ La Commission propose la création d'un tribunal pénal international compétent pour juger :

[...] all authorities, civil or military, belonging to enemy countries, however high their position may have been, without distinction of rank, including the heads of states, who ordered, or with knowledge thereof and with power to intervene, abstained from preventing or taking measures to prevent, putting an end to or repressing, violations of the laws or customs of war [...] (italiques ajoutés).

Cette proposition de la Commission reflète le principe en vertu duquel, dans un contexte de guerre, les personnes investies d'un pouvoir hiérarchique civil ou militaire sont garantes de la bonne conduite de leurs subordonnés et peuvent encourir une responsabilité pour les actes criminels de ces derniers. Mais, comme on le sait fort bien, aucun procès international ne sera tenu contre de telles autorités même si l'on insère une clause relative au jugement des criminels de guerre dans le Traité de Versailles.⁷ La Cour suprême allemande, siégeant à Leipzig, entendra tout de même quelques affaires liées à la guerre. Or, sans reconnaître explicitement la responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques, elle affirme néanmoins que les commandants militaires ont des devoirs très précis concernant le contrôle des troupes placées sous leur commandement.⁸

3. L'après deuxième guerre mondiale : les précédents internationaux de Nuremberg et de Tokyo et quelques précédents nationaux

Les procès tenus après la Deuxième Guerre mondiale fournissent les premiers précédents judiciaires d'importance qui donnent lieu à l'application de la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans un contexte international. Les Statuts des tribunaux militaires internationaux (TMI) de Nuremberg et de Tokyo liés à la poursuite des plus grands responsables des crimes de guerre n'incriminent pas expressément l'omission du commandant de prévenir ou de réprimer les crimes commis par ses subordonnés. Le principe est cependant appliqué « de manière ponctuelle et incidente » par les TMI.⁹ Par exemple, le Tribunal de Tokyo condamne des militaires et des civils pour ne pas avoir prévenu ou puni les atrocités commises par les forces japonaises à l'encontre de prisonniers de guerre et de personnes civiles. Le

6 *Report of the International Commission on the Responsibility of the Authors of the War and Enforcement of Penalties*, présenté à la Conférence préliminaire de paix de Versailles, 29 mars 1919, reproduit dans *American Journal of International Law*, Vol. 95, 1920, p. 121.

7 Il s'agit de l'article 228 du Traité de Versailles mettant officiellement fin à la Première Guerre mondiale. Par ailleurs, l'article 227 du Traité prévoit le jugement de l'ancien Empereur de l'Allemagne Guillaume II de Hohenzollern.

8 Voir par exemple *The Llandovery Castle Case, Annual Digest 1923-1924*, Case no 235, Full Report, 1921 (CMD. 1450).

9 Éric DAVID, « L'actualité juridique de Nuremberg », dans *Le Procès de Nuremberg : Conséquences et actualisation*, Actes de colloque, l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant /U.L.B., 1988, (tiré à part), p. 95 et suiv.

Tribunal justifie ces déclarations de culpabilité par l'existence d'un mécanisme de contrôle et de reconnaissance implicite de responsabilité au sein de toute hiérarchie militaire et gouvernementale. Les échelons supérieurs du pouvoir militaire et civil ont non seulement une obligation de respecter les lois et coutumes de la guerre mais aussi un devoir de s'assurer du respect de ces règles par leurs subordonnés.¹⁰

À part les TMI, quelques juridictions nationales alliées poursuivent des criminels de guerre. Le procès du général japonais Tomoyuki Yamashita devant un tribunal militaire américain fait l'objet de nombreuses controverses et continue d'ailleurs d'alimenter la chronique juridique contemporaine.¹¹ Il s'agit non seulement du premier cas dans l'histoire où un commandant militaire est condamné pour ne pas avoir supervisé ses soldats adéquatement,¹² mais aux yeux de plusieurs commentateurs, il s'agit aussi d'un jugement qui établit un standard de responsabilité absolue à l'égard du supérieur militaire pour les actes criminels de ses soldats.¹³ Le général, dont les troupes avaient commis des atrocités massives contre des civils et des prisonniers de guerre, alléguait qu'il n'avait pas eu connaissance des crimes commis par ses subordonnés étant donné qu'il n'était pas présent sur les lieux et que ses communications avec ses subordonnés avaient été interrompues suite à l'offensive américaine. Le tribunal a rejeté cette défense dans les termes suivants:

The Prosecution presented evidence to show that the crimes were so extensive and widespread, both as to time and area, that they must have been willfully permitted by the Accused, or secretly ordered by the Accused [. . .]. The Accused is an officer of long years of experience, broad in its scope, who has had extensive command and staff duty in the Imperial Japanese Army [. . .]. Clearly, assignment to command military troops is accompanied by broad authority and heavy responsibility. This has been true in all armies throughout recorded history. It is absurd, however to consider a commander a murderer or rapist because one of his soldiers commits a murder or rape. Nonetheless, where murder and rape and vicious, revengeful actions are widespread offenses, and there is no effective attempt by a commander to discover and control the criminal acts, such a commander may be held responsible, even criminally liable, for the lawless acts of his troops [. . .].¹⁴

Le général Yamashita a été trouvé coupable et condamné à mort. La Cour suprême des États-Unis a confirmé le jugement¹⁵ et déclaré que les

10 W. Parks, *précité*, note 2, pp. 64-73.

11 *United States of America v. Tomoyuki Yamashita*, Military Commission Appointed by Paragraph 24, Special Orders 110, Headquarters United States Army Forces Western Pacific, 1 Oct. 1945, publié dans *Law Reports of Trials of War Tribunals*, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, Vol. IV, London HMSO, 1948 (ci-après jugement *Yamashita*)

12 Frank Reel, *The Case of General Yamashita*, Chicago, The University of Chicago Press, 1949, p. 235.

13 *Id.* Voir aussi Telford Taylor, *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy*, Chicago: Quadrangle Books, 1970.

14 Jugement *Yamashita*, *précité*, note 11, à la p. 34

15 *In re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946).

commandants militaires sont tenus de prendre les mesures appropriées en leur pouvoir pour protéger les prisonniers de guerre et la population civile; en effet, l'omission de le faire engage leur responsabilité criminelle pour les crimes de guerre commis par leurs troupes.¹⁶

La responsabilité criminelle du supérieur hiérarchique est également discutée dans quelques procès tenus en Europe en vertu de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle.¹⁷ Par exemple, l'affaire du *Haut Commandement*¹⁸ implique treize haut-gradés allemands accusés de crime contre la paix, crimes de guerre et contre l'humanité et de complot de commettre tous ces crimes. Le tribunal saisi de l'affaire admet qu'un commandant militaire ne puisse jamais connaître en détail la façon dont les opérations militaires sont menées par ses subordonnés. Il aurait le droit de présumer que les instructions qu'il donne sont exécutées conformément la loi. Un commandement n'engagerait sa responsabilité criminelle pour les actes de ses subordonnés que si on peut établir une faute personnelle de sa part:

There must be a personal dereliction. That can only occur where the act is directly traceable to him or where his failure to properly supervise his subordinates constitutes criminal negligence on his part. In the latter case, it must be a personal neglect amounting to a wanton, immoral disregard of the action of his subordinates amounting to acquiescence. Any other interpretation of international law would go far beyond the basic principles of criminal law as known to civilized nations.¹⁹

Même si le tribunal ne le dit pas expressément dans cette affaire, on doit sous entendre et déduire du raisonnement judiciaire que le commandant avait eu connaissance des crimes commis par ses subordonnés ou, tout au moins, avait délibérément fermé les yeux à leur sujet. Dans une autre affaire importante de cette époque — *l'affaire des otages*²⁰ — le tribunal précise que la connaissance du supérieur hiérarchique peut être présumée si l'on

16 Weston D. Burnett, *Contemporary International Legal Issues — Command Responsibility And A Case Study Of The Criminal Responsibility Of Israeli Military Commanders For The Pogrom At Shatila And Sabra*, (1985) *107 Mil. L. Rev.* 71, 98

17 La Loi n° 10 est promulguée le 10 décembre 1945 par le Conseil de contrôle allié pour l'Allemagne — l'organe législatif provisoire pour l'ensemble de l'Allemagne. La Loi n° 10, publiée dans la Gazette officielle du 31 janvier 1946, crée la base juridique permettant de poursuivre en justice les criminels de guerre, autres que *les grands criminels de guerre nazis* jugés par le TMI de Nuremberg.

18 *United States v. Wilhelm Von Leeb, et al.* UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, XII LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS 1, 76 (1948), (ci-après l'affaire du « Haut Commandement »).

19 *Id.*, pp. 73-74

20 *United States v. Wilhelm List and al.*, UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, VIII LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS 34 (1948); XI TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS UNDER CONTROL COUNCIL No. 10, 757 (1950), (ci-après l'affaire des « Otages »)

avait reçu au quartier général du commandant des rapports concernant la conduite criminelle de ses soldats.²¹

Bref, la jurisprudence internationale et nationale issue de la Deuxième Guerre mondiale consacre le devoir des plus hauts gradés militaires et des supérieurs hiérarchiques du pouvoir civil de contrôler et d'assurer le respect des lois et coutumes de la guerre par leurs subordonnés. Un supérieur hiérarchique au courant ou présumé au courant des crimes commis par ses subordonnés, qui omet d'exercer le contrôle approprié sur ses subordonnés et de prévenir ou réprimer leurs crimes, peut en être tenu criminellement responsable.

4. Les instruments juridiques internationaux : des textes précis

Les *Conventions de Genève* de 1949,²² dont l'adoption est largement déterminée par les atrocités commises lors de la Deuxième Guerre mondiale, ne contiennent pas de dispositions expresses sur la responsabilité du supérieur hiérarchique. Il faut attendre le *Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève (Protocole I)*²³ pour y trouver la mention d'une obligation pour les supérieurs hiérarchiques militaires d'empêcher les personnes placées sous leurs ordres de violer les lois et coutumes de la guerre.²⁴ L'article 86 du *Protocole I* énonce, quant à lui, le principe de la

21 *Id.*, pp. 1259-1260.

22 Il s'agit notamment de la *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* du 12 août 1949 (I), (1950) 75. R.T.N.U. 31, (ci-après « Convention de Genève I »), la *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer* du 12 août 1949 (II), (1950) 75. R.T.N.U. 85, (ci-après « Convention de Genève II »), la *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre* du 12 août 1949 (III), (1950) 75. R.T.N.U. 136, (ci-après « Convention de Genève III »), et la *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre* du 12 août 1949 (IV), (1950) 75. R.T.N.U. 288, (ci-après « Convention de Genève IV »).

23 *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, (1979) 1125 R.T.N.U. 3

24 L'article 87 du *Protocole I* se lit comme suit :

Article 87 — Devoirs des commandants

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

responsabilité criminelle du commandant militaire pour son omission de prévenir ou de réprimer les crimes de guerre commis par ses subordonnés.²⁵ Le concept est aussi introduit à l'article 2 de la *Convention sur la non-applicabilité des limitations statutaires aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité*.²⁶ La responsabilité du supérieur hiérarchique est par la suite longuement examinée par des juristes internationaux pour être officiellement reconnue à titre de principe fondamental du droit pénal international puisqu'on l'incorpore dans le *Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* élaboré par la Commission de droit international de l'ONU de 1996.²⁷

Ce consensus des internationalistes sur l'existence de ce principe de responsabilité en droit international est tel qu'on n'hésitera pas à le formuler dans le Statut respectif des deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. Dans son Rapport établi en vertu du paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, le Secrétaire général de l'ONU écrit :

Toute personne en position d'autorité devrait donc être tenue individuellement responsable d'avoir donné l'ordre illégal de commettre ce 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.²⁸

L'article 7(3) du Statut du TPIY se lit comme suit :

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.

- 25 Selon la jurisprudence des tribunaux internationaux et les opinions exprimées dans la doctrine, la majorité des dispositions du *Protocole additionnel I* font partie du droit international coutumier. Voir par exemple *Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez*, IT-95-14/2-PT, Décision Relative à l'Exception Préjudicielle Conjointe aux Fins de Rejet de l'Acte d'Accusation Modifié en Raison de la Portée Juridictionnelle Limitée des Articles 2 et 3 du Statut, 2 mars 1999, para. 30, l'Avis consultatif de la CIJ dans l'affaire *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* du 8 juillet 1996, para. 84. Notons que même des États qui ne sont pas parties au *Protocole additionnel I* reconnaissent le principe énoncé à l'article 86 du Protocole en l'incorporant dans leurs législations nationales (ex. les États-Unis).
- 26 *Convention des Nations Unies sur la non-applicabilité des limitations statutaires aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité* du 26 novembre 1968, Doc. NU A/7218 (1968).
- 27 L'article 6 du *Projet de Code* prévoit une responsabilité pénale pour le supérieur hiérarchique qui n'a pas empêché ni réprimé les crimes commis par ses subordonnés. Notons que le *Code* est souvent cité comme représentant l'*opinio juris* des pays membres des Nations Unies.
- 28 Rapport du Secrétaire Général établi conformément à au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de Sécurité, Doc. NU S/25704 (1995), para 56.

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.

L'article 6(3) du Statut du TPIR est un calque du texte qui vient d'être reproduit.

Enfin, le concept trouve sa place officielle dans le Statut de Rome sur la Cour pénale internationale, adopté le 17 juillet 1998 à Rome. Par contre, la disposition qui concerne la responsabilité du supérieur hiérarchique est rédigée de façon différente de celles des Statuts des tribunaux *ad hoc*; en effet, on fait une distinction entre la responsabilité des commandants militaires d'une part et celle des supérieurs hiérarchiques qui ne sont pas militaires d'autre part.²⁹ Pour cette raison, l'article 28 du Statut de la CPI mérite une attention particulière et il sera examiné après avoir analysé l'interprétation de cette notion dans la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*.

C. Les critères d'attribution de responsabilité à un supérieur hiérarchique pour les crimes de ses subordonnés selon la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*

De l'avis de la Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Celebici*, l'article 7(3) du Statut du Tribunal constitue un énoncé du concept coutumier de la responsabilité criminelle du supérieur hiérarchique.³⁰ Il est par conséquent souhaitable d'analyser les éléments constitutifs de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit international moderne en prenant l'article 7(3) du Statut du TPIY comme point de départ. Comme on a un texte identique sur le même sujet dans le Statut du TPIR, notre réflexion s'alimente au besoin de la jurisprudence du TPIR.

Pour qu'un accusé soit déclaré coupable en vertu de l'article 7(3) du Statut du TPIY ou de l'article 6(3) du TPIR, les conditions suivantes doivent être remplies :

- un crime a été commis;
- il existe une relation de subordination entre l'accusé et l'auteur (les auteurs) réel(s) du crime commis;

29 Au Canada, les articles 5 et 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch.24., adoptée afin de mettre en œuvre le Statut de Rome, reprend cette distinction.

30 *Le Procureur c. Delalic et autres*, IT-96-21, Jugement, 16 novembre 1998, paras 333-343, (ci-après « jugement *Celebici* »).

- le supérieur savait ou avait des raisons de savoir qu'un crime était sur le point d'être commis ou avait été commis;
- le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir le crime ou en punir l'auteur.³¹

Faisons donc l'étude de chacun de ces critères.

1. L'existence et la preuve d'un crime

Rappelons qu'en droit international, la qualité d'auteur d'un crime ne coïncide pas toujours avec l'idée d'imputabilité du crime à son auteur réel; par conséquent, la notion de responsabilité pénale ne suit pas nécessairement celle d'avoir commis un crime.³² En d'autres mots, être criminellement responsable ne veut pas nécessairement dire être l'auteur réel du crime et être l'auteur réel du crime ne signifie pas forcément être criminellement responsable.³³ La responsabilité du supérieur n'est donc pas obligatoirement dépendante de celle de son subordonné; il n'est pas nécessaire que celle-ci soit d'abord reconnue pour engager celle du supérieur. Pour déterminer la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique, il suffit d'établir qu'un crime a été commis.³⁴ Il est en effet impossible d'engager la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique sans d'abord prouver la commission d'un crime international en particulier.³⁵ Même si ce n'est pas une composante de

31 *Id.*, para. 346. *Le Procureur c. Aleksovski*, IT-95-14/1, Jugement, 25 juin 1999, paras. 69-71, (ci-après « jugement *Aleksovski* »).

32 Aurélie DE ANDRADE, « Les supérieurs hiérarchiques » dans Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET, *Droit international pénal*, 2000, Paris, Éd. PEDONE, p. 201.

33 Selon Sonja Boelaert-Suominen, il n'est pas nécessaire que l'auteur réel du crime soit condamné des crimes que le supérieur n'a pas empêchés ou réprimés, pour que la responsabilité du supérieur soit engagée. De même, la forme de participation du subordonné à la commission du crime (auteur réel, personne qui ordonne, incite ou aide et encourage la commission du crime) n'a aucune incidence sur la responsabilité du supérieur. Sonja Boelaert-Suominen, *Prosecuting Superiors for Crimes Committed by Subordinates: A Discussion of the First Significant Case Law Since the Second World War*, (2001), 41 *Va. J. Int'l L.* 747, 761.

34 Le commission des éléments matériels d'un crime par l'auteur réel constitue un fait pertinent à la culpabilité de son supérieur. La doctrine et la jurisprudence sont toutefois très peu éclairantes sur la manière d'établir ce fait, particulièrement dans le cas des crimes de masse, et plus particulièrement encore dans le contexte où on affirme parfois avoir assigné aux TPI le mandat de fixer l'histoire et empêcher le révisionnisme. À partir du moment où la chambre d'appel du TPIY reconnaît, dans l'affaire *Krstic*, qu'un génocide a été commis à Srebrenica, ce fait devient-il notoire? (voir *Krstic c. Le Procureur*, arrêt du 19 avril 2004, Chambre d'appel) Doit-il être établi à nouveau lors des procès subséquents de chefs militaires ou de chefs d'État? Répondre à cette question fascinante dépasse largement le cadre de la présente étude.

35 Bien entendu, si l'on est dans le contexte du TPIY, il faut que le crime commis relève du Statut du Tribunal.

la responsabilité du supérieur hiérarchique, c'est une condition préalable à la reconnaissance de cette responsabilité.

2. L'existence d'un lien de subordination entre l'accusé et l'auteur réel du crime

Il faut établir en deuxième lieu une relation de subordination entre l'accusé — une personne en position d'autorité — et la (les) personne(s) auteure(s) réelle(s) du crime. Examinons les éléments qui caractérisent la relation de subordination.

(1) *La notion de « supérieur hiérarchique »*

Selon la Chambre d'appel du TPIY, en formulant les critères de la responsabilité du commandant, l'article 7(3) du Statut du TPIY investit le terme « commandant » d'un contenu juridique particulier. Selon la Chambre, « la disposition ne s'applique que lorsque le supérieur, animé de l'élément moral requis, a omis d'exercer ses pouvoirs pour empêcher ses subordonnés de commettre des crimes ou les punir par la suite ». ³⁶ Or, il faut prouver que le supérieur détient de tels pouvoirs avant de considérer s'il a omis de les exercer. Une personne ne peut être qualifiée de « supérieur » que si elle satisfait aux critères de l'autorité tels qu'exposés à l'article 7(3) du Statut.

Un supérieur hiérarchique ne peut être tenu criminellement responsable que s'il avait une obligation personnelle envers l'auteur du crime. Cette obligation découle du pouvoir exercé par le supérieur hiérarchique sur le perpétrateur, à savoir « le pouvoir ou l'autorité, *de jure* ou *de facto*, d'empêcher un subordonné de commettre un crime ou de l'en punir après coup ». ³⁷

La notion de « supérieur hiérarchique » n'est donc pas réservée au supérieur immédiat de l'auteur réel du crime dans une chaîne de commandement. Au contraire, elle s'étend à tous ceux qui, dans la chaîne de commandement, exercent un contrôle sur le subordonné qui est l'auteur de l'infraction. Plusieurs personnes ayant la qualité de supérieurs hiérarchiques peuvent donc être tenues responsables pour un seul et même crime commis par un subordonné. ³⁸ En revanche, on refuse de tenir une personne criminellement responsable des actes d'une autre personne si les deux occupent la même position hiérarchique. ³⁹ Soulignons enfin, comme

36 *Le Procureur c. Aleksovski*, IT-95-14/1, Arrêt d'appel, 30 mai 2001, para 76 (ci-après *Aleksovski* arrêt d'appel).

37 *Le Procureur c. Delalic et autres*, IT-96-21, Arrêt d'appel, 20 février 2001, para 192, (ci-après « *Celebici* arrêt d'appel »). Le propos est complété ci-après sous la rubrique 1 c).

38 Voir jugement *Aleksovski*, précité, note 31, para 106 et *Le Procureur c. Blaskic*, IT-95-14, Jugement, 3 mars 2000, para 303, (ci-après « jugement *Blaskic* »).

39 *Celebici* arrêt d'appel, précité, note 37, para.303.

le précise l'article 87 du Protocole I, que les commandants militaires ont des obligations non seulement à l'égard des « forces armées placées sous leur commandement » mais aussi envers « d'autres personnes sous leur autorité ». Le lien de subordination qu'évoque la notion de « supérieur hiérarchique », est assez étendu; il ne présuppose pas nécessairement que les deux personnes — le supérieur et le subordonné — fassent partie d'une structure hiérarchique formellement et organiquement bien établie. En d'autres mots, la notion de supérieur hiérarchique couvre un cercle bien plus large de personnes en position d'autorité que les seuls chefs militaires. En effet, comme on le verra plus loin, la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique s'étend aussi aux chefs paramilitaires, aux leaders politiques et à d'autres dirigeants civils et même aux chefs d'entreprises publiques ou privées. Convenons pour l'instant que la notion de « supérieur hiérarchique » a une large portée.

(2) *Un contrôle effectif sur le contrevenant subordonné*

Le lien de subordination entre le supérieur et le subordonné, comme nous l'avons dit, n'a pas à être direct ou immédiat. Il suffit que le supérieur ait exercé un *contrôle effectif* sur le subordonné au moment pertinent pour que sa responsabilité pénale soit engagée en vertu de la doctrine de la responsabilité du supérieur. La Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Celebici* formule cette exigence dans les termes suivants :

[. . .] pour que le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique soit applicable, il faut que le supérieur contrôle effectivement les personnes qui violent le droit international humanitaire, autrement dit *qu'il ait la capacité matérielle de prévenir et de sanctionner ces violations*.⁴⁰ (nous soulignons).

La capacité matérielle du supérieur de prévenir ou de sanctionner les crimes commis est donc ce qui permet au tribunal de conclure que l'accusé exerçait un contrôle effectif sur les perpétrateurs du crime au moment pertinent. Ainsi comprise, la notion de « contrôle effectif » constitue en quelque sorte la portée-limite d'un lien de subordination entre un supérieur hiérarchique et un subordonné. La Chambre de première instance du TPIR dans l'affaire *Musema* confirme cette façon de voir.⁴¹ Elle ajoute qu'il faut cependant apprécier la nature et la portée de l'autorité du supérieur et sa capacité de contrôler ses subordonnés dans le contexte des faits allégués dans l'acte d'accusation.⁴² Par exemple, le fait pour des troupes de n'avoir été placées que temporairement sous le commandement d'une personne, ne

40 Jugement *Celebici*, précité, note 30, para 378, (soulignés ajoutés). La Chambre de première instance dans *Blaskic* souscrit à cette thèse. La Chambre d'appel du TPIY dans *Celebici* confirme cette position (*Celebici* arrêt d'appel, précité, note 37, para 196).

41 *Le Procureur c. Alfred Musema*, ICTR- 96-13-T, Jugement, 27 Janvier 2000, (ci-après « jugement *Musema* »), para. 148.

42 *Id.*, paras. 866-867.

suffira pas à l'exonérer de sa responsabilité criminelle si l'on démontre qu'elle exerçait un contrôle effectif sur les soldats au moment de leurs crimes.⁴³ À l'inverse, la simple qualité de « commandant » n'est pas suffisante pour trouver une personne en position d'autorité coupable pour les crimes commis par ses subordonnés. C'est ce qu'enseigne le jugement *Celebici* en ce qui a trait la responsabilité de l'un des accusés dans cette affaire — Zejnir Delalic. Un auteur commente le jugement et fait la remarque suivante :

The prosecution and defense both admitted that Delalic was indeed a commander in the usual sense of the word, especially when he took command of Tactical Group 1. The fatal flaw in the prosecution's case, however, was their inability to prove that the prison guards at Celebici were in any way Delalic's subordinates. The essential element is not whether a commander controls a certain geographic area, but whether he controls the individuals who commit the war crimes. This approach may seem at odds with the Yamashita decision, in which General Yamashita's overall responsibility for the Philippines was a key factor in finding him criminally responsible for the actions of Japanese soldiers in that region. However, the difference lies in the charge involved. General Yamashita was charged with a failure to discharge his duty as commander, which would have required him to control his troops and prevent their commission of atrocities. Under the facts of Yamashita, assuming the charge was proper, his conviction seems rightly decided. On the other hand, Delalic was charged with the underlying offenses of the guards at Celebici, including rape, torture, and murder. He was not alleged to have directly participated in any of these acts. In this situation, the establishment of a superior-subordinate relationship would have been a necessary prerequisite to pinning any liability on Delalic.⁴⁴

La Chambre d'appel dans l'affaire *Celibici* retient donc le critère du contrôle *effectif* mais s'abstient de définir avec précision les moyens par lesquels ce contrôle doit s'exercer. La jurisprudence est silencieuse sur ce qu'il faut vérifier pour conclure à un contrôle effectif. Par contre, elle estime que la notion d'*influence appréciable* sur les subordonnés ne constitue pas, à elle seule, un moyen de contrôle qui équivaut à un contrôle effectif sur eux. « Rien [...] n'indique [...] que l'influence appréciable, en tant que moyen d'exercer des fonctions de commandement, aurait valeur de règle du droit coutumier, et notamment de règle susceptible de fonder la responsabilité pénale ».⁴⁵

Selon cette interprétation de la notion de « contrôle effectif » comme fondement possible de la responsabilité du supérieur hiérarchique, l'inaction du supérieur devient en quelque sorte un mode de participation criminelle par encouragement tacite.

43 *Le Procureur c. Kunarac et autres*, IT-96-23 et IT-96-23/1, Jugement, 22 février 2001, para 399, (ci-après « jugement *Kunarac* »).

44 Ann B. Ching, *Evolution of the Command Responsibility Doctrine in Light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, (1999) 25 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 167, 203.

45 *Celibici* arrêt d'appel, *précité*, note 37, para 266.

C'est du moins une façon de dire qui permet à des juristes canadiens de comprendre comment l'inaction qui facilite un crime peut devenir coupable. L'exigence d'un contrôle effectif sur la personne de l'auteur réel et l'omission d'exercer ce contrôle entraîne la responsabilité personnelle du supérieur pour le crime commis par son subordonné. Ces exigences écartent, du même coup, toute idée d'imputation automatique de responsabilité pour le fait d'autrui au supérieur hiérarchique. Si cette position est conforme à la doctrine pénale classique en écartant du droit pénal international une théorie discutable au plan de la justice et qui reposerait sur la responsabilité absolue du supérieur pour la faute d'autrui, en revanche, ce mode particulier de participation criminelle est susceptible d'engager seulement la responsabilité de certains supérieurs hiérarchiques et de rendre plus difficile la reconnaissance de responsabilité de ceux que l'on qualifie communément de « plus hauts responsables » et qui sont généralement plus lointains dans la chaîne de commandement.

La doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique permet certes d'élargir le cercle des responsables, mais, en tout réalisme, ce cercle est condamné à demeurer restreint. Pour le moment, faut-il noter, seuls des supérieurs hiérarchiques près des opérations sur le terrain ont été trouvés coupables de violations graves du droit humanitaire sur la base de l'article 7(3) du Statut du TPIY et de l'article 6(3) du TPIR. On parle ici de directeurs de prison,⁴⁶ d'un commandant de camps de détention⁴⁷ ou d'un petit commandant local présent sur les lieux de la commission des exactions.⁴⁸

Rappelons tout de même que la doctrine du supérieur hiérarchique est fortement enchevêtrée aux règles de complicité et d'entreprise criminelle commune, ce qui ne rend pas la tâche aisée quand il s'agit de déterminer si le supérieur peut être condamné en tant que co-auteur (auteur principal), supérieur hiérarchique ou en tant que complice. L'affaire *Krstic* illustre la difficulté de même que la confusion résultant de cet entremêlement des règles d'attribution de responsabilité. *Krstic* est le seul haut gradé condamné en première instance en tant que général de division et commandant « de facto » du corps ayant collaboré à l'opération génocidaire à Srebrenica. Le général est condamné pour les infractions qui ont été commises alors qu'il se trouvait physiquement présent à Srebrenica⁴⁹ et le banc de première instance aurait déduit qu'il partageait l'intention génocidaire et qu'il avait contribué

46 Affaires *Aleksolski*, précitée, note 31 et *Le Procureur c. Krnojelac*, affaire IT-97-25-A, arrêt d'appel du 17 septembre 2003.

47 Affaire *Celebici*, précitée, note 30.

48 Affaire *Furundzima*, chambre de première instance II, jugement du 10 décembre 1998.

49 *Le Procureur c. Krstic*, précité, note 40. Le fondement des condamnations du général Blaskic, dans l'affaire précitée, note 38 est moins évident mais il semble bien que, plus que sa qualité de supérieur hiérarchique, c'est sa participation personnelle pour avoir ordonné la commission de crimes qui est en cause. Autrement dit, une certaine confusion subsiste entre sa responsabilité directe et sa responsabilité indirecte, sa responsabilité directe étant prééminente.

activement à l'entreprise criminelle. Cela faisait de lui un auteur principal de génocide. La Chambre d'appel de La Haye⁵⁰ vient nuancer ce verdict de première instance en tenant Krstic seulement responsable pour avoir aidé et encouragé le de génocide en vertu de l'article 7 (1) du Statut du TPIY. Celle-ci estime qu'il existait un doute raisonnable à l'effet que Krstic ait partagé l'intention particulière d'une entreprise criminelle commune de génocide et qu'à ce titre, il était moins coupable que d'autres qui avaient cette intention génocidaire spécifique. Il fallait par conséquent réduire sa peine de façon significative (46 ans à 35 ans). On réitère cependant bel et bien que Krstic exerçait tout de même un contrôle effectif sur ses troupes et qu'il a permis en toute connaissance de cause leurs forfaits et que, de ce fait, il a facilité ou encouragé l'entreprise commune de génocide au sens de l'article 7(1). Ce jugement montre que le banc de première instance a éprouvé de la difficulté à départager entre la doctrine du supérieur hiérarchique et la norme de faute suffisante pour tenir l'accusé responsable des crimes des troupes qu'il contrôlait, les règles de complicité selon lesquelles il a personnellement aidé ou encouragé la commission des crimes et enfin le fait qu'il ait partagé ou non l'intention spécifique commune de l'entreprise génocidaire. Cette difficulté était d'autant plus grande que le Statut n'est pas explicite sur l'existence et les exigences de la doctrine de l'entreprise criminelle commune, un mode de commission des crimes d'une part et qu'il disperse les règles de complicité dans la description des crimes (ex. art.4(3) et dans une section spéciale décrivant les règles de participation criminelle (ex. art.7(1) d'autre part.

Le jugement de la Chambre d'appel fera sans doute école sous un double aspect: il illustre d'abord mieux l'idée que le supérieur immédiat, proche des opérations en Bosnie, soit assujéti à la responsabilité selon la doctrine du supérieur hiérarchique (forme d'encouragement tacite) ou selon les modes de complicité, d'aide ou d'encouragement (forme active de participation criminelle) mais qu'il soit tout de même un participant secondaire au génocide. Ce jugement montre ensuite qu'un génocide a eu lieu à Srebrenica et qu'il est le résultat d'une entreprise criminelle commune (donnant lieu à des formes variées de conduites criminelles de la part de ceux qui s'entraident dans la poursuite d'un but génocidaire commun ou entreprise génocidaire commune). Le jugement nous laisse supputer que les « vrais responsables » seraient potentiellement Mladic et Karadic, les ordonnateurs de dessein génocidaire, ceux que l'on n'a pas encore jugés.⁵¹ Nous spéculons que ce jugement annonce également quelques constats lourds de conséquences pour

50 Affaire *Krstic*, précitée note 40.

51 Mladic et Karadic ont fait l'objet d'un mandat international d'arrestation qui a donné lieu à de nombreux échecs d'exécution. Par contre, on leur a appliqué l'article 61 du RPP du TPIY. Voir à cet effet : *Le Procureur c. Karadzic et Mladic* (1996), affaire no. IT-95-5-R61/IT-95-18-R61.

le procès Milosevic, ce chef d'État dont la responsabilité est toujours sur la sellette devant le TPIY.

Ceci dit, c'est tout de même la notion de contrôle effectif sur les subordonnés qui permet d'appliquer la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans un contexte autre que militaire. Les structures paramilitaires, les milices non régulières et l'administration civile connaissent, elles aussi, une certaine hiérarchie et des formes de commandement même si elles ne sont pas toujours aussi claires que celles d'une armée régulière. Rappelons que la plus grande partie des affrontements armés en ex-Yougoslavie et au Rwanda ont été menés par des groupes paramilitaires et d'autres organisations armées semblables. La mise en œuvre du droit humanitaire exige de tenir responsables non seulement les auteurs réels des crimes de guerre et contre l'humanité mais aussi les personnes sous le contrôle desquelles ces auteurs se trouvaient au moment de leurs crimes et cela même si le pouvoir de ces autorités ne découle pas d'une nomination officielle.⁵² Cela nous amène à l'examen de la source du pouvoir exercé par le supérieur sur ses subordonnés.

(3) *L'exercice d'un pouvoir de jure ou de facto sur le subordonné*

La doctrine de la responsabilité du supérieur n'exige pas que le subordonné soit formellement et officiellement placé sous l'autorité du supérieur. Celui-ci peut exercer un pouvoir *de jure* ou un pouvoir *de facto* sur le subordonné. Ce qui importe, c'est le contrôle réellement exercé par le supérieur sur le subordonné et c'est son pouvoir d'empêcher ou de réprimer le crime de son subordonné. Ainsi, le supérieur hiérarchique *de jure* du transgresseur peut échapper à sa responsabilité criminelle si, au moment du crime, il n'exerce pas de contrôle effectif sur le contrevenant subordonné. Inversement, une personne qui n'est pas liée par un lien officiel de subordination à l'auteur du crime peut être tenue criminellement responsable si, au moment pertinent, elle exerçait un contrôle effectif sur le transgresseur.⁵³ Bref, des supérieurs tant *de jure* que *de facto* sont susceptibles d'être poursuivis en vertu de la doctrine de la responsabilité du supérieur :

La qualité de supérieur hiérarchique n'est ainsi pas réservée aux autorités officielles. Toute personne agissant *de facto* comme supérieur hiérarchique peut voir sa responsabilité engagée en application de l'article 7(3). Le critère déterminant pour établir

52 Sonja Boelaert-Suominen, *précité*, note 33, p. 764.

53 Cette constatation, nous l'avons dit, ressort clairement de l'article 87 du Protocole I : les commandants sont responsables pour les « forces armées placées sous le commandement », c'est-à-dire, les personnes par rapport auxquelles ils exercent un pouvoir *de jure*, et « les autres personnes sous leur autorité », *de facto* subordonnées aux commandants et placées sous leur contrôle.

la qualité de supérieur hiérarchique en droit international coutumier ne réside pas uniquement dans le statut juridique formel de l'accusé, mais dans sa capacité de contrôle, telle que l'expriment ses attributions et ses compétences.⁵⁴

La jurisprudence subséquente du TPIY et du TPIR confirme cette opinion⁵⁵ de même que la Chambre d'appel dans l'affaire *Celebici*.⁵⁶ Aux yeux des juges du TPIY toutefois, le contrôle *de facto* doit être de même importance qu'un contrôle *de jure* en ce qui a trait aux pouvoirs réels du supérieur.⁵⁷ Même si le degré de contrôle exercé par un supérieur *de jure* ou *de facto* peut s'exprimer de façon différente, le supérieur *de facto* doit exercer des pouvoirs similaires de contrôle sur ses subordonnés avant d'être tenu pénalement responsable de leurs actes.⁵⁸ Dans l'affaire *Musema*, le TPIR examine la question de la responsabilité d'un directeur d'une usine de thé de Gisovu non seulement pour les actes criminels de ses employés en vertu de l'article 6(3) du Statut mais aussi pour ceux d'autres civils, soldats, policiers et membres de groupes paramilitaires.⁵⁹ La Chambre, convaincue que l'accusé exerçait une autorité tant *de jure* que *de facto* sur ses employés, a toutefois conclu que ce n'était pas le cas quant aux autres personnes même si *Musema* était, selon la preuve établie par le Procureur, une personne d'autorité jouissant d'une influence considérable dans toute la région.⁶⁰

Ouvrons une parenthèse sur un phénomène de plus en plus connu de privatisation des soldats et des armées qui font la guerre dans certains pays qui connaissent actuellement des atrocités de la nature de crimes de guerre et contre l'humanité. Par exemple, il est notoire que le pouvoir en place au Sierra Léone a bénéficié du soutien « d'acteurs intéressés par les diamants » pour se maintenir en poste.⁶¹ En effet, en plus de disposer de l'aide politique, économique et militaire de la communauté internationale pour repousser les rebelles, les forces gouvernementales ont profité du support de plusieurs compagnies de diamants. Par exemple, la compagnie Diamond Works cotée à la bourse de Toronto et ayant des quartiers généraux à Vancouver, aurait pris une part active dans les hostilités. D'après le rapport d'une coalition

54 Jugement *Aleksovski*, précité, note 31, para 76.

55 *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana, affaire No ICTR-95-1-A*, Jugement d'appel (ci-après « jugement *Kayishema et Ruzindana* »); Jugement *Musema*, précité, note 41.

56 *Celebici* arrêt d'appel, précité, note 37.

57 *Le Procureur c. Kordic et Cerkez*, IT-95-14/2, Jugement, 26 février 2001, para 416, (ci-après « jugement *Kordic et Cerkez* »).

58 *Celebici* arrêt d'appel, précité, note 37, para 197.

59 Jugement *Musema*, précité, note 41, para. 144.

60 Jugement *Musema*, précité, note 41, para. 881.

61 Bruno Ménard, « L'émergence de nouvelles institutions en droit pénal international: le cas du Timor Oriental, du Sierra Léone et du Cambodge », publié dans Hélène Dumont et Anne-Marie Boisvert, *La voie vers la Cour pénale internationale, tous les chemins mènent à Rome*, 2004, les Éditions Thémis, p. 207.

d'organisations non gouvernementales basée au Canada,⁶² la compagnie aurait offert au gouvernement du Sierra Leone les services d'une compagnie de mercenaires d'Afrique du Sud nommée « Executive Outcomes » dans le combat contre les forces rebelles. En 1995, avec l'aide d'environ deux cents mercenaires de la compagnie, les forces gouvernementales ont pu reprendre le contrôle de la capitale et les troupes d'Executive Outcomes celui de la région diamantifère de Kono. Le gouvernement nouvellement rétabli accorde alors une concession minière de 25 ans à un subsidiaire de Diamond Works.⁶³ Même si la présence de diamants au Sierra Leone explique la longue guerre civile, cela explique difficilement la cruauté des combats. En effet, on rapporte que les deux parties au combat ont pris l'habitude de terroriser les populations civiles qu'elles envahissent, notamment en violant les femmes et en coupant les bras et les jambes des gens qui tombent entre leurs mains.⁶⁴ Les mercenaires seraient également responsables de telles atrocités. Bref, si le droit pénal international qui s'élabore au tournant du siècle nouveau écarte l'idée de s'en prendre aux groupes criminels comme on l'a pourtant fait à Nuremberg en tenant par exemple les SS responsables de crimes de guerre et contre l'humanité,⁶⁵ la doctrine du supérieur hiérarchique devrait, quant à elle, avoir les dents assez longues pour s'en prendre aux chefs de ces entreprises de diamants. L'avenir dira si le tribunal du Sierra Leone a les reins suffisamment solides pour incriminer de tels entrepreneurs criminels. Quoiqu'il en soit, l'affaire *Musema* offre dorénavant la perspective que les chefs d'entreprise d'une armée privée devraient moins bien dormir dans leur lit.

(4) *Le statut militaire ou civil du supérieur*

On le sait déjà, la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique est applicable aussi bien aux commandants militaires qu'aux dirigeants civils. D'après le commentaire de l'article 86 du Protocole I par le Comité international de la Croix-Rouge, les autorités civiles peuvent, elles aussi, être déclarées coupables de crimes de guerre et l'ont été plusieurs fois.⁶⁶ Le TMI de Tokyo a condamné en vertu de ce principe des dirigeants civils japonais qui devaient assurer le bon traitement des prisonniers de guerre et

62 Ian SMILLIE, Lansana GBERIE et Ralph HAZLETON, *The Heart of the Matter — Sierra Leone, Diamonds & Human Security*, janvier 2000, Partnership Africa Canada.

63 *Id.*

64 « Sierra Leone's Ex-Junta Leader Dead, UN Court Declares », *Reuters*, 17 juin 2003, p. 7.

65 Hélène Dumont, « La Cour pénale internationale (CPI) : Les fondations fragiles d'un droit universel et d'un forum commun supranational en matière de crimes internationaux », publié dans Institut canadien d'administration de la justice, *Justice et participation dans une économie globale, la nouvelle règle de droit*, 2004, Éd. Thémis, à paraître.

66 ICRC, Commentary to article 86 of Additional Protocol I, p. 1010, (1987).

qui ne s'étaient pas acquittés de leurs devoirs.⁶⁷ Des personnes civiles ont été condamnées par des tribunaux nationaux suite à la Deuxième Guerre mondiale pour ne pas avoir prévenu la commission de crimes de guerre bien qu'elles aient eu le pouvoir et l'autorité nécessaires pour le faire.⁶⁸

Les Statuts des TPI *ad hoc* ne limitent pas l'application de la responsabilité du supérieur aux seuls commandants militaires. Parmi les personnes condamnées par le TPIR en vertu de l'article 6(3) du Statut, on compte un ancien premier ministre rwandais (Jean Kambanda⁶⁹), un directeur d'usine (Alfred Musema⁷⁰), un préfet (Clément Kayishema⁷¹). Dans *Akayesu*, la première affaire du TPIR, le Tribunal d'Arusha a pourtant hésité à appliquer la doctrine de la responsabilité du supérieur à un supérieur non militaire en déclarant que la question était toujours controversée en droit international.⁷² La jurisprudence du TPIY, au contraire, a vite affirmé que tant les chefs militaires que les supérieurs civils étaient susceptibles d'être condamnés en vertu de l'article 7(3) du Statut du TPIY.

Ainsi, force est de conclure que le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique inscrit à l'article 7(3) ne s'appliquait pas seulement aux chefs militaires mais aussi à toute personne civile investie d'une autorité hiérarchique. [...] Étant entendu qu'il peut s'agir aussi bien d'un pouvoir *de facto* que d'un pouvoir *de jure*, [la Chambre de première instance] s'accorde avec la Commission de droit international pour admettre que la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique ne s'étend aux supérieurs civils que pour autant qu'ils aient le même contrôle sur leurs subordonnés que les chefs militaires.⁷³ (nous soulignons).

Le facteur décisif serait donc celui du pouvoir et de l'autorité du supérieur hiérarchique civil d'intervenir pour prévenir les crimes ou les

67 Voir The Tokyo War Crimes Trial: The Complete Transcripts of the Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East 49, R. John Pritchard & Sonia Magbanua Zaide eds., 1981, en ce qui concerne les accusés Koki Hirota, Mamoru Shigemitsu et Shigenori Togo — tous des anciens ministres des affaires étrangères japonais et Hideki Tojo — l'ancien ministre de la défense et premier ministre.

68 Par exemple, dans l'affaire *des Ministères*, il était question des pouvoirs dont disposaient certains fonctionnaires du gouvernement allemand pour s'opposer à l'extermination de la population juive et de leur obligation de prévenir la commission des crimes (*United States v. von Weizsäcker*, 14 Trials, at 308 (1952)). De même, dans l'affaire des *entreprises Roehling*, des industriels allemands ont été trouvés coupables de travail forcé, de meurtre et de mauvais traitements de civils et de prisonniers de guerre ayant travaillé pour eux parce qu'ils auraient eu le pouvoir de prévenir ces crimes ou, tout au moins, de les réduire considérablement (*Government Commissioner v. Roehling*, 14 Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, app. B at 1061 (1950)). Notons toutefois qu'au moment des jugements liés à la Deuxième guerre mondiale, on ne faisait pas encore clairement la distinction entre la responsabilité directe et indirecte du supérieur hiérarchique.

69 *Le Procureur c. Jean Kambanda*, affaire No. ICTR 97-23-S, Jugement, 4 septembre 1998.

70 Jugement *Musema*, précité, note 41.

71 Jugement *Kayishema and Ruzindana*, précité, note 55.

72 *Le Procureur c. Akayesu*, affaire No. ICTR-96-4-T, Jugement, 2 septembre 1998, para. 490.

73 Jugement *Celebici*, précité, note 30, paras 363 et 378.

réprimer ensuite.⁷⁴ Mais la Chambre est assez prudente dans le choix de ses mots pour parler de la responsabilité des supérieurs civils. Pour les juges, en effet, les liens de subordination et de contrôle sont bien plus flous dans le contexte civil qu'ils ne le sont dans un contexte militaire. D'ailleurs, selon la jurisprudence du TPIY, même s'il n'existe aucun doute que « les supérieurs civils peuvent être tenus responsables, sous certaines conditions, de crimes commis par des subordonnés, [il] reste à savoir si, en droit coutumier, leur responsabilité est constituée des mêmes éléments que celle des commandants militaires ». ⁷⁵

En somme, même si la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique s'applique également aux chefs militaires et aux supérieurs civils, la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* souligne l'existence de différences fondamentales entre les deux catégories de supérieurs hiérarchiques et les structures dans lesquelles ils exercent leurs fonctions. Le droit international imposerait donc aux supérieurs civils des devoirs semblables à ceux des chefs militaires en matières de crimes de guerre et contre l'humanité commis par leurs subordonnés. Par contre, dans les faits, les civils n'ont habituellement pas les mêmes pouvoirs de contrôle sur les subordonnés que les militaires. Pour cette raison, il est présentement difficile de prouver qu'un supérieur civil détient des pouvoirs de contrôle similaires à ceux des chefs militaires pour le tenir criminellement responsable des crimes de ses subordonnés. Encore ici, la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique est destinée à jouer un rôle mineur dans la recherche de la responsabilité des dirigeants politiques majeurs d'un pays qui ont pourtant rendu possible, par leur dessein et plan criminels, la perpétration d'atrocités de masse par d'innombrables exécutants.

Il faut en convenir : le droit pénal international est destiné à innover pour s'en prendre plus efficacement aux principaux responsables de crimes de guerre et contre l'humanité et combattre l'impunité avec une doctrine de la responsabilité pénale nouvelle qui s'ajuste à la réalité.⁷⁶ En d'autres mots, il nous apparaît nécessaire et plus juste d'élaborer une théorie pénale en ces matières qui fasse en sorte que « les plus hauts responsables hiérarchiques » soient « les plus criminellement responsables » même si techniquement ce sont les subordonnés qui ont du sang sur les mains. Le développement récent de la doctrine de l'entreprise criminelle commune ou « *joint criminal enterprise* » en droit pénal international vient sans doute à la rescousse d'une doctrine insatisfaisante de la responsabilité du supérieur hiérarchique quand

74 Jugement *Celebici*, précité, note 30, para 362; *Aleksovski* arrêt d'appel, précité, note 36, para 76.

75 *Celebici* arrêt d'appel, précité, note 37, para 240.

76 En ce qui concerne les chefs d'État, le droit pénal international doit aussi s'affranchir de la doctrine des immunités dont jouissent ces derniers. Une étude de ce sujet dépasse largement le cadre du présent article. Voir, entre autres, Steffen WIRTH, « Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute », (2002) 12 *Criminal Law Forum* 429.

il s'agit de dirigeants civils ou de chefs militaires qui sont loin du terrain des opérations.⁷⁷ Mais l'imbroglia qui résulte de la combinaison de toutes les règles d'assujettissement à la responsabilité pénale internationale des chefs a de quoi irriter.

3. Le supérieur savait ou avait des raisons de savoir

Le troisième critère de détermination de la responsabilité du supérieur hiérarchique renvoie à sa faute morale ou à la *mens rea* de celui-ci, une notion chère aux juristes de *common law*. Il faut établir que le supérieur hiérarchique savait ou avait des raisons de savoir qu'un crime était sur le point de se commettre ou avait été commis par ses subordonnés. Dans la doctrine, on décrit ce critère par l'expression « exigence de connaissance ».

(1) *Le supérieur savait*

Le mot « savait » signifie que le supérieur hiérarchique avait une connaissance effective (ou réelle) du fait que ses subordonnés étaient sur le point de commettre un crime ou qu'ils en avaient commis un. La connaissance effective peut être démontrée par des preuves directes ou circonstanciées. La position d'autorité du supérieur peut, dans certaines circonstances, elle-même constituer une preuve de sa connaissance réelle des crimes commis par ses subordonnés mais le TPIY hésite à reconnaître une présomption de connaissance à partir de la position d'autorité.

[...] la Chambre est réticente à considérer qu'il existe une « présomption » de connaissance à l'encontre du supérieur hiérarchique, laquelle entraînerait en quelque sorte automatiquement la culpabilité de ce supérieur dès lors qu'un crime aurait été commis. La Chambre considère, néanmoins, que la position de supérieur hiérarchique d'un individu constitue en soi un indice sérieux de ce que cet individu a connaissance des crimes commis par ses subordonnés. Le poids qu'il convient de conférer à cet indice dépend toutefois des circonstances, notamment de temps et de lieu. Ainsi, plus la commission des faits sera éloignée dans l'espace, plus il sera difficile d'établir leur connaissance par le supérieur en l'absence d'autres indices. À l'inverse, la commission d'un crime en un lieu immédiatement proche de celui où le supérieur exerce habituellement ses fonctions suffirait à créer un indice sérieux de la connaissance par le supérieur de ce crime, *a fortiori* dans l'hypothèse où des crimes seraient commis de manière répétée.⁷⁸

Dans les affaires *Celebici*⁷⁹ et *Blaskic*,⁸⁰ la Chambre de première instance du TPIY fait une énumération non exhaustive de facteurs, autres que la position d'autorité, qui permettent d'établir la connaissance effective; ce sont par exemple : le nombre, le type et la portée des actes illégaux, la

77 *Procureur c. Tadic*, Jugement d'appel de la condamnation, 15 juillet 1999.

78 Jugement *Aleksovski*, précité, note 31, para 80.

79 Jugement *Celebici*, précité, note 30, para. 386.

80 Jugement *Blaskic*, précité, note 38, para. 307.

période au cours de laquelle ils se sont produits, le nombre et le type de soldats qui y ont participé, les moyens logistiques déployés ou envisagés, l'emplacement géographique des crimes, le caractère généralisé des crimes, la rapidité des opérations, le *modus operandi* similaire d'actes illégaux, les officiers et les catégories de personnes impliquées, le lieu où se trouvait le commandant au moment des gestes criminels des subordonnés.⁸¹

Selon la Chambre de première instance dans *Kordic et Cerkez*, la preuve requise pour établir la connaissance réelle du supérieur hiérarchique — civil ou militaire, *de jure* ou *de facto* — diffère selon son niveau de responsabilité ou son grade dans la chaîne de commandement.⁸² La Chambre avance qu'il sera généralement plus facile d'établir la connaissance réelle d'un commandant militaire qui fait partie d'une structure bien organisée, dotée de mécanismes et moyens de surveillance et de réseaux efficaces de communications jusqu'à lui. En revanche, la tâche du Procureur sera plus difficile lorsqu'il s'agit de commandants exerçant une autorité *de facto* sur une structure paramilitaire plus informelle, ou de supérieurs civils détenant un pouvoir *de facto* sur des exécutants. En tout état de cause, le Procureur doit établir que le supérieur hiérarchique a réellement pris connaissance du fait que ses subordonnés ont commis ou s'approprient à commettre des crimes. Cette connaissance s'apprécie subjectivement.

(2) *Le supérieur avait des raisons de savoir*

L'expression « avait des raisons de savoir » évoque l'idée d'une connaissance imputée. Cet autre volet de l'élément moral de la responsabilité du supérieur donne lieu à des interprétations divergentes dans la jurisprudence du TPIY. Par exemple, dans *Celebici*, la Chambre de première instance trouve

« qu'un supérieur ne peut être tenu pour pénalement responsable que s'il avait à sa disposition des informations particulières l'avertissant des infractions commises par ses subordonnés. Ces informations ne doivent pas nécessairement être telles que, par elles-mêmes, elles suffisent à conclure à l'existence de tels crimes. Il suffit que le supérieur ait été poussé à demander un complément d'information ou, en d'autres termes, qu'il ait paru nécessaire de mener des enquêtes complémentaires pour vérifier si les subordonnés commettaient ou s'appropriaient à commettre des infractions ».⁸³

D'après cet extrait, ce volet de la faute (avait des raisons de savoir) reste compatible avec une conception subjective de la faute et s'apparente à la notion d'aveuglement ou d'ignorance volontaire, bien connue en droit canadien.

Or, la Chambre de première instance s'éloigne substantiellement de cette interprétation dans *Blaskic*. Elle déclare que :

81 *Id.*

82 Jugement *Kordic et Cerkez*, précité, note 57, para. 428.

83 Jugement *Celebici*, précité, notre 30, para 393, (nous soulignons).

[...] si un commandant a exercé la diligence due dans l'accomplissement de ses devoirs mais ignore pourtant que des crimes sont sur le point d'être commis ou l'ont été, cette ignorance ne peut être retenue contre lui. Cependant, lorsque, compte tenu de sa position personnelle dans la hiérarchie et des circonstances du moment, l'ignorance résulte d'une négligence dans l'accomplissement de ses devoirs, elle ne saurait constituer un moyen de défense : ce commandant avait des raisons de savoir au sens du Statut.⁸⁴

Selon cette interprétation, l'expression « avait des raisons de savoir » renvoie à une obligation de savoir et le fondement de la responsabilité du supérieur résiderait dans la négligence pour des crimes très graves. La Chambre d'appel a rejeté cette dernière interprétation, non seulement parce qu'un tel devoir n'existe pas en droit international coutumier, mais parce qu'à son avis, il transformerait la responsabilité du supérieur en une responsabilité stricte ou pour négligence. La Chambre précise, à juste titre, ce qui suit :

L'article 7(3) du Statut traite de la responsabilité du supérieur hiérarchique pour omission en connaissance de cause. Cependant, le fait de s'abstenir de s'informer n'apparaît pas dans cet article comme une infraction distincte. Un supérieur n'a dès lors pas, aux termes de cet article, à répondre de cette négligence, sa responsabilité ne pouvant être mise en cause que parce qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou punir. La Chambre d'appel suppose que l'Accusation souhaite la voir conclure qu'un commandant a des « raisons de savoir » s'il se montre gravement négligent et se garde d'obtenir les informations voulues. Il ne s'agit pas ici de présumer qu'une personne sait si elle renonce à obtenir les informations voulues sur un crime, mais de présumer qu'elle a les moyens de savoir, et qu'elle s'est délibérément abstenue d'en user. Si, comme le soutient l'Accusation, le manquement à l'obligation qu'a un supérieur de toujours s'informer des actes de ses subordonnés engage nécessairement sa responsabilité pénale, on en vient quasiment à une responsabilité sans faute ou pour négligence. Cela étant, s'il est vrai que le fait pour un commandant de ne pas se tenir constamment informé des faits et gestes de ses subordonnés ou de ne pas mettre en place un système de contrôle peut constituer un manquement aux obligations de sa charge de nature à engager sa responsabilité disciplinaire, il n'engage pas forcément sa responsabilité pénale.⁸⁵ (nous soulignons).

Ainsi, la Chambre d'appel confirme l'interprétation de l'expression « avait des raisons de savoir » adoptée par la Chambre de première instance dans la même affaire. Le standard applicable est donc celui la possession d'informations par le supérieur qui l'avertissent des infractions commises par ses subordonnés. Il n'est pas nécessaire que ces informations soient elles-mêmes explicites et relatent la commission des crimes. Il suffit qu'elles poussent tout supérieur dans l'exercice de ses fonctions à recueillir des informations supplémentaires pour vérifier si ses subordonnés ont commis des infractions ou s'ils s'approprient à en commettre.⁸⁶ C'est en quelque sorte le refus délibéré de savoir qui est constitutif de faute. La Chambre d'appel,

84 Jugement, *précité*, note 38, para 332.

85 *Celebici* arrêt d'appel, *précité*, note 37, para 226.

86 *Id.*, para 236.

en citant le Commentaire du CICR du Protocole I, donne quelques exemples d'informations qui suffisent pour mettre le supérieur en garde contre d'éventuels actes criminels de ses subordonnés et qui satisfont au critère « avait des raisons de savoir » : les rapports rédigés à l'intention du supérieur, ceux portant sur la situation tactique, le degré d'entraînement exigé, ceux contenant des instructions à des officiers subordonnés et à leurs troupes, ceux portant sur leurs traits de caractère des subordonnés. La Chambre ajoute que les informations peuvent se présenter sous une forme orale ou écrite et ne doivent pas nécessairement contenir de détails précis sur les crimes commis ou sur le point de l'être.⁸⁷ Ces conclusions de la Chambre d'appel sont réaffirmées dans le jugement *Kvočka*.⁸⁸

4. L'omission de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir le crime ou en punir l'auteur

Le quatrième critère de détermination de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique réside dans l'omission de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou réprimer les crimes de ses subordonnés. Cette obligation d'agir découle du contrôle exercé par le supérieur sur ses subordonnés et qui implique, notamment, le pouvoir d'intervenir pour prévenir la commission des crimes ou en punir les auteurs. Selon la Chambre d'appel dans *Aleksovski*, rappelons-le, les pouvoirs d'une personne d'empêcher ses subordonnés de commettre des crimes ou de les punir par la suite constitue une caractéristique qui permet de qualifier cette personne de « supérieur hiérarchique ».⁸⁹ La Chambre de première instance dans *Blaskic* dit la même chose : l'on attribuera la qualité de supérieur hiérarchique à une personne en fonction de sa capacité matérielle de prévenir ou de réprimer les crimes commis par ses subordonnés. Le degré de contrôle exercé par le commandant au moment pertinent et sa capacité matérielle d'empêcher ou de réprimer les crimes sont donc les facteurs qui permettront de déterminer s'il a pris les mesures nécessaires et raisonnables.⁹⁰

Mais quelles mesures sont « nécessaires » et « raisonnables » au sens de l'article 7(3) du Statut du TPIY? La jurisprudence du Tribunal refuse d'identifier des facteurs ou des critères dans l'abstrait. Les juges estiment que la question de savoir si un supérieur a fait son devoir et a pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou réprimer la commission d'un crime par ses subordonnés est étroitement liée aux faits de chaque cas d'espèce. Toutefois, la Chambre de première instance dans *Celebici* observe que le droit international n'oblige pas le supérieur à faire l'impossible et

87 *Id.*, para 238.

88 *Le Procureur c. Miroslav Kvočka et consorts*, IT-98-30/1, Jugement, 2 novembre 2001, paras 313-318.

89 *Aleksovski*, arrêt d'appel, *précité*, note 36, para 76. Voir aussi, *supra*, p. 10.

90 Jugement *Blaskic*, *précité*, note 38, para 335.

qu'un supérieur n'est tenu de prendre que les mesures qui étaient en son pouvoir, c'est-à-dire *les mesures qui étaient dans ses capacités matérielles*. Or, les « capacités matérielles » ne découlent pas forcément d'un pouvoir officiel détenu par le supérieur. La Chambre confirme qu'un supérieur « peut être tenu pour pénalement responsable lors même qu'il n'avait pas officiellement, juridiquement, le pouvoir de prendre les mesures nécessaires pour prévenir ou sanctionner le crime en question ».⁹¹

Il ressort que « nécessaires » sont les mesures que le supérieur devait prendre au moment pertinent pour s'acquitter de son obligation de prévenir ou de réprimer les crimes commis par ses subordonnés. Les mesures sont « raisonnables » si le supérieur pouvait les prendre dans les circonstances concrètes de l'affaire. En effet, l'on ne peut s'attendre à ce que le supérieur fasse l'impossible, c'est-à-dire l'on ne peut le tenir responsable de ne pas avoir fait ce qui sortait de ses capacités matérielles au moment des faits.

Précisions aussi que l'expression « prévenir le crime ou en punir l'auteur » ne laisse pas au supérieur le choix entre deux options. Le but premier de cette disposition est bien entendu de prévenir la commission de crimes de guerre et contre l'humanité. L'obligation « d'empêcher ou de punir » ne place pas l'accusé devant deux options également satisfaisantes pour avoir le bénéfice d'une défense. De toute évidence, lorsque l'accusé savait ou avait des raisons de savoir que des subordonnés étaient sur le point de commettre des crimes et n'a pas empêché ces crimes, il ne peut racheter cette omission d'agir en punissant après coup ses subordonnés ».⁹² Par conséquent, si un supérieur sait ou a des raisons de savoir que ses subordonnés s'apprentent à commettre un crime, il doit prendre toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour les empêcher de poser l'acte criminel ou, si l'acte est déjà posé, pour empêcher que ces subordonnés produisent d'autres conséquences criminelles ou qu'ils en soient par la suite punis.

La Chambre de première instance du TPIY réitère ce principe dans *Kordic et Cerkez*. En outre, la Chambre avance qu'un supérieur qui assume le commandement après la commission des crimes, a aussi un devoir d'en punir les auteurs :

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 sanctions. Les supérieurs hiérarchiques civils sont soumis aux mêmes obligations en fonction du pouvoir effectif qu'ils exercent et dans la mesure où ce pouvoir les autorise à en référer aux autorités compétentes pour qu'elles prennent des mesures.⁹³

91 Jugement *Celebici*, précité, note 30, paras 394, 395.

92 Jugement *Blaskic*, précité, note 38, para 336.

93 Jugement *Kordic et Cerkez*, précité, note 57, para. 446.

Enfin, selon la jurisprudence du TPIY, le pouvoir d'un supérieur hiérarchique civil de punir, doit être entendu dans un sens plus libéral que celui que détient le supérieur militaire:

Si le pouvoir de sanctionner est le corollaire indissociable du pouvoir de donner des ordres dans la structure hiérarchique militaire, il ne peut en être de même pour des autorités civiles. On ne peut attendre d'une autorité civile qu'elle détienne un pouvoir disciplinaire équivalent à celui dont disposeraient des autorités militaires se trouvant dans une position de commandement analogue. Exiger d'une autorité civile qu'elle détienne un pouvoir de sanction semblable à celui détenu par un militaire limiterait le champ d'application de la doctrine du supérieur hiérarchique au point de la rendre pratiquement inapplicable aux autorités civiles. La Chambre considère, par conséquent, qu'il n'est pas indispensable que le supérieur ait eu la capacité, *de jure* ou *de facto*, de prendre lui-même des sanctions. La simple possibilité de transmettre des rapports aux autorités suffit, dès lors que l'autorité civile, de par sa position dans la structure hiérarchique, est supposée agir de la sorte lorsque des exactions sont commises et que, compte tenu de cette position, la probabilité que ces rapports déclenchent l'ouverture d'une enquête ou l'imposition de mesures disciplinaires, voire pénales, est élevé.⁹⁴

On reconnaît d'emblée que les civils jouissent d'un moindre pouvoir de punir que les militaires. De ce point de vue, la règle de la responsabilité du supérieur peut paraître défavorable aux supérieurs civils parce qu'on n'exige pas d'eux de punir personnellement leurs subordonnés pour tout de même les tenir responsables de leurs crimes. Rappelons toutefois que le droit international ne requiert pas du supérieur hiérarchique — militaire ou civil — de faire l'impossible pour empêcher ou réprimer la commission de violations graves du droit international humanitaire mais seulement ce qui est à l'intérieur de ses capacités matérielles. Par exemple, en l'absence d'un pouvoir personnel de punir, la saisine par un supérieur civil des autorités compétentes pour enquêter et éventuellement poursuivre en justice ses subordonnés semble une mesure à la fois nécessaire et raisonnable. Ceci dit, il nous semble plus probable que des supérieurs civils soient condamnés pour ne pas avoir empêché les crimes de leurs subordonnés que pour ne pas les avoir punis. De plus, dans la mesure où les autorités civiles ne sont pas obligées de se tenir constamment informées des actions de leurs subordonnés, elles risquent d'apprendre après coup les forfaits de leurs subordonnés. En rétrospective, la doctrine du supérieur hiérarchique n'est pas aussi défavorable au supérieur hiérarchique civil qu'on peut à prime abord le penser. Elle lui confère même un espace d'irresponsabilité que l'on pourrait encore associer à de l'impunité.

Ici, une autre remarque importante s'impose et celle-ci prend le droit pénal canadien comme repère pour l'analyse. Nous avons déjà fait la remarque suivante: l'omission en toute connaissance de cause d'empêcher la perpétration de crimes par des subordonnés est assimilable à un mode de

94 Jugement *Aleksovski*, précité, note 31, para 78.

participation du supérieur à la commission de ces crimes; il s'agirait en quelque sorte d'une forme d'encouragement tacite. Par contre, le défaut de punir après coup est plus difficile à concevoir comme mode de participation criminelle. Logiquement, l'on conçoit les modes de participation criminelle comme devant s'incarner dans des actions ou omissions d'une autre personne que l'auteur réel, précédant ou accompagnant la réalisation de la conduite criminelle par ce dernier. Si l'on poursuit ce raisonnement familier aux juristes canadiens, le défaut de punir devrait plutôt constituer une forme de complicité après le fait, ce que le droit pénal canadien réprime à titre d'infraction distincte de l'infraction consommée.⁹⁵ D'autres juristes pourraient dire que cette distinction proposée par le droit canadien n'est pas souhaitable en droit pénal international. En effet, lorsque le supérieur omet de punir les crimes de ses subordonnés, ce fait postérieur constituerait très souvent en réalité une preuve circonstancielle de sa complicité avant les faits criminels de ses subordonnés. Selon ce point de vue, il n'y aurait donc pas lieu de reconnaître des infractions inchoatives ou crimes distincts dans ce contexte et il serait légitime de condamner indistinctement le supérieur hiérarchique qui n'a pas prévenu et celui qui n'a pas puni les crimes de ses subordonnés. Pour des pénalistes canadiens, cette extension de la responsabilité par une telle règle d'imputation des crimes d'autrui à un supérieur hiérarchique pour ne pas les avoir punis reste un choix discutable. Peut-être pourrions-nous appliquer au droit pénal international la maxime suivante : « qui trop embrasse mal étreint ». Il se peut même que l'insuccès éventuel ou l'impossibilité de poursuites contre des dirigeants civils devant les tribunaux *ad hoc* pour avoir fait défaut de punir les crimes de leurs subordonnés sera une leçon de réalisme et donnera quelque matière à repenser le tout.^{95a} L'on pourrait alors se convaincre du succès plus prometteur d'une poursuite de complicité après le fait en pareilles circonstances et ce pis-aller pourrait devenir à la longue plus attrayant. Sans contredit, le droit pénal international naissant est encore marqué par l'absence d'une théorie complète et développée de la responsabilité pénale.

Malgré ces derniers propos, nous sommes plutôt d'avis que les règles de participation criminelle en droit pénal international devraient être réexaminées à la lumière de la réalité des crimes, de concert avec une révision du contenu juridique actuel des crimes et avec l'intention de traduire l'idée que les principaux responsables et hauts dirigeants politiques, militaires et

95 Les articles 23 et 463 du Code criminel canadien érigent la complicité après le fait en infraction distincte. Par ailleurs, on peut noter que les articles 5 et 7 de la *Loi sur les crimes de guerre et contre l'humanité*, précitée, note 29, érige en infraction distincte la responsabilité du supérieur hiérarchique.

95a Pour une discussion sur la question de savoir si un supérieur peut être tenu responsable pour ne pas avoir puni des crimes survenus antérieurement à l'existence du lien de subordination, l'arrêt sur l'exception préjudicielle d'incompétence dans l'affaire Hadzihasanovic du 16 juillet 2003.

autres sont fréquemment les « principaux auteurs » des crimes de génocide, de guerre et contre l'humanité et les exécutants sont plutôt des « participants ».

N'oublions pas que la définition actuelle des crimes de guerre et contre l'humanité engendre une véritable confusion. Certaines définitions des crimes intègrent dans la description de l'infraction complète, tantôt les modes de participation ou de complicité, tantôt la co-perpétration et la responsabilité pour des infractions inchoatives telles l'incitation infructueuse ou la tentative.⁹⁶ Cette confusion est tout à fait intenable pour le futur du droit pénal international. On ne peut pas mettre fin à l'impunité avec n'importe quelles règles de droit pénal substantif. Si, pour le moment, d'énormes efforts ont été déployés par les juristes pour définir et ériger en crimes internationaux certaines violations graves du droit humanitaire, peu de travail a été fait pour doter le droit pénal international de ce que les juristes canadiens appellent une « partie générale ».

Mais, les spécialistes du droit pénal international désireux de travailler à l'élaboration d'une théorie générale de la responsabilité font face à des difficultés de taille. La plus grande de ces difficultés réside, à notre avis, dans le difficile passage de la réalité de « crimes collectifs » que sont le génocide, les crimes de guerre et contre l'humanité à la détermination de responsabilités individuelles pour ces crimes à travers le droit pénal. Le droit pénal international a en effet pour mission d'assigner des responsabilités individuelles pour ce qui est, en réalité, une entreprise criminelle collective. Or, la criminalité collective que supposent les violations graves et massives du droit humanitaire présente des difficultés au plan juridique que le droit pénal classique a déjà du mal à résoudre. Le droit pénal classique des pays occidentaux, centré sur la répression d'un acte précis en fonction d'une certaine conception philosophique de l'être humain, convient mal en effet à la répression de la criminalité de groupe. Il suffit de penser aux énormes difficultés conceptuelles rencontrées par le droit pénal des pays désireux d'appréhender la criminalité corporative ou des organisations pour s'en convaincre. Peu de pays, s'il s'en trouve, ont résolu de manière satisfaisante le problème de l'élaboration d'une théorie de la responsabilité pénale des organisations qui peuvent pourtant être de véritables criminelles!

En droit pénal international, le problème de l'appréhension de la criminalité collective est exacerbé par l'entêtement affiché par le droit international et sa jurisprudence à vouloir condamner pour l'entièreté de l'entreprise criminelle, un auteur réel unique; par exemple, on condamnera un exécutant pour génocide, une infraction qui n'est, en soi, qu'un élément de participation à une opération criminelle plus vaste.

En effet, le cas du génocide est emblématique de ce phénomène. Dans le langage courant, un langage qui reflète plus fidèlement la réalité que ne

96 À notre avis, cette confusion n'est que partiellement levée par les articles 25 et 28 du Statut de Rome.

le fait la définition juridique du crime, un génocide est nécessairement envisagé comme une entreprise collective. Tout le monde comprend qu'il est tout simplement hors de la portée d'un seul individu de commettre un génocide. Or, les tribunaux pénaux internationaux cherchent plutôt à condamner individuellement et comme auteurs réels d'un génocide, tous les « participants » à cette entreprise collective. À partir du moment où le droit pénal international permet la condamnation d'un individu pour « génocide » en tant qu'auteur d'un seul meurtre, plutôt que de « participation à un génocide », il devient inacceptable au plan symbolique, de condamner pour « tentative », pour « incitation » ou pour « complicité après le fait » plutôt que pour « génocide », le supérieur hiérarchique, la personne en autorité de cet exécutant unique. La condamnation pour « génocide » de l'auteur réel d'un crime s'inscrivant dans une idéologie et vaste plan génocidaire élimine toute possibilité logique de condamner son supérieur hiérarchique pour quoi que ce soit d'autre.⁹⁷

En outre, condamner pour « génocide » celui que l'on peut assimiler à un « petit exécutant » risque d'entraîner des incohérences voire des injustices. L'acte de participation de l'exécutant devient « le crime » alors que les principaux responsables, ceux qui ont planifié, incité ou permis comme supérieur hiérarchique la commission du génocide deviennent des complices de l'auteur réel. Dans ce contexte, surtout lorsque le juge chargé de l'affaire provient d'une tradition juridique où la responsabilité du complice est dite « secondaire » à la responsabilité de l'auteur réel, le risque est grand de voir l'auteur réel d'un geste génocidaire comme étant le principal responsable de la violation grave du droit humanitaire alors que ceux qui l'auront planifiée ou en auront permis l'exécution, ceux que les non juristes appellent les « plus grands responsables » seront considérés comme des accessoires de cet exécutant mineur. C'est pour cette raison que nous estimons qu'une théorie générale de la responsabilité en droit pénal international exige de l'originalité, de l'innovation tout en permettant l'application juste, équitable et réaliste du droit pénal aux contrevenants internationaux sans laisser libre cours aux critiques que l'on attrape des boues émissaires pour notre bonne conscience.

Nous venons d'examiner les critères de détermination de la responsabilité du supérieur hiérarchique tels qu'ils sont analysés et développés dans la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Les principes qui découlent de cette jurisprudence correspondent à l'état actuel du droit pénal international sur la question de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Qu'en est-il maintenant de la règle sur le même sujet énoncée au Statut de la Cour pénale internationale?

97 Cette difficulté est d'ordre symbolique mais, aussi d'ordre technique dans la mesure où les seuls crimes sur lesquels les tribunaux pénaux internationaux ont juridiction sont le génocide, le crime de guerre et le crime contre l'humanité.

Diffère-t-elle du droit élaboré par les tribunaux *ad hoc*? Parvient-elle à résoudre les difficultés que nous venons d'évoquer?

D. Le Statut de la CPI

L'article 28 du Statut qui traite de la responsabilité du supérieur hiérarchique exige, comme les dispositions au même effet des Statuts des tribunaux *ad hoc*, la preuve d'une relation de subordination, d'une connaissance des crimes par le supérieur et d'une inaction de sa part. Toutefois, le libellé de l'article 28 s'éloigne quelque peu de la définition retenue par les Statuts des tribunaux *ad hoc*. La question se pose alors : le Statut de la CPI écarte-il du concept coutumier de la responsabilité du supérieur hiérarchique?

Nous sommes d'avis que l'article 28 peut être interprété comme une codification des principes coutumiers relatifs à cette forme de responsabilité pénale qui ont déjà été énoncés et reconnus à différentes époques par différentes juridictions internationales et nationales. Nous tentons de le démontrer dans les pages qui suivent en illustrant toutefois que la rédaction de cet article soulève une ambiguïté qui peut contrecarrer ce point de vue, si l'on transpose en droit pénal international des interprétations judiciaires canadiennes sur le vocabulaire utilisé pour décrire la norme de faute.

Voici le texte intégral de l'article 28 :

Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques

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.

Le Statut de la CPI fait une distinction formelle entre la responsabilité criminelle des supérieurs militaires et celle des supérieurs non militaires en les traitant dans deux alinéas distincts. À première vue, le Statut semble moins rigoureux à l'égard des supérieurs non militaires dont les subordonnés commettent des crimes qu'à l'égard des militaires. Cette différence de traitement apparente entre les supérieurs militaires et non militaires serait-elle de droit nouveau ou s'agit-il d'une distinction déjà sous-entendue dans la définition de la responsabilité du supérieur des Statuts des tribunaux *ad hoc* et par conséquent conforme au droit coutumier? Voyons tour à tour les composantes de ces deux formes d'expression de la responsabilité d'un supérieur hiérarchique.

1. Les supérieurs militaires et les personnes faisant effectivement fonction de chefs militaires — l'article 28 a) du Statut

La première catégorie de supérieurs dont la responsabilité criminelle peut être engagée pour les crimes de leurs subordonnés regroupe les « chefs militaires » et « les personnes faisant effectivement fonction de chefs militaires ». Les premiers sont des supérieurs au sein d'une chaîne de commandement militaire. Les seconds, puisque la désignation est plus large, peuvent comprendre des militaires externes à une chaîne de commandement, qui n'ont pas forcément un rang supérieur aux subordonnés mais qui, dans les faits, sont en charge d'une unité militaire. Dans cette deuxième catégorie, on peut retrouver des civils qui exercent des fonctions de commandement et de contrôle (*de jure* ou *de facto*) d'une force armée quelle que soit sa taille.⁹⁸

Le supérieur militaire ne peut être trouvé coupable que des crimes commis par des « forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs ». Ce texte distingue deux sortes de liens de subordination. L'expression « commandement et contrôle effectifs » désigne une relation de subordination directe, par exemple, entre le commandant d'un régiment et les soldats qui en font partie. Le Statut fait par ailleurs référence aux supérieurs dont les prérogatives sont plus larges que le commandement d'une division militaire. On peut donner l'exemple de l'autorité exécutive en charge d'une partie de territoire, qui a dans ses fonctions des aspects militaires de contrôle de la zone géographique

98 Stuart E. Hendin, *Command Responsibility and Superior Orders in the Twentieth Century — A Century of Evolution*, E Law — Murdoch University Electronic Journal of Law, Vol 10, No 1 (March 2003).

même si cette personne ne fait pas partie de la chaîne de commandement des forces armées dans cette région.⁹⁹

Quelle que soit la forme de subordination, il faut démontrer le contrôle effectif du supérieur hiérarchique sur l'auteur réel du crime. Rappelons qu'en vertu de l'article 87 du Protocole I, les devoirs des commandants militaires s'étendent non seulement aux « forces armées placés sous leur commandement » mais aussi à toutes les « autres personnes sous leur autorité ». Sur ce point précis, l'article 28 a) est tout à fait conforme au droit international coutumier et emporte la même critique que nous avons faite dans la partie II de cet article. Certains « plus hauts responsables » pourraient dans les faits échapper à leur responsabilité en vertu de cette disposition qui est plus propice à engager la responsabilité des chefs militaires ou de personnes faisant office de chefs militaires qui se trouvent près du théâtre des opérations.

L'exigence de « connaissance », est exprimée dans la phrase suivante « [le chef militaire ou la personne faisant effectivement fonction de chef militaire] savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir [...] ». Cette formulation quant à l'élément moral requis du supérieur diffère de celle retenue à l'article 7(3) du Statut du TPIY et à l'article 6(3) du Statut du TPIR. Il faut alors se demander si l'emploi de mots différents constitue une indication de retenir la responsabilité du supérieur hiérarchique militaire sur la base de sa négligence. Les mots « avait des raisons de savoir » sont en effet remplacés par « aurait dû savoir », ce qui peut donner du poids à l'argument que le Statut de Rome prévoit un degré de faute différent, et peut-être moindre, que celui existant en droit coutumier. Disons tout de suite que si tel est le cas, nous devrions nous inquiéter de ce glissement, d'abord pour des raisons qui n'ont rien à voir avec la théorie du droit pénal mais avec la politique. En effet, le supérieur militaire condamné pour les actes criminels de ses subordonnés sur la base d'une connaissance imputée objectivement pourrait clamer l'injustice d'être un véritable bouc émissaire. Ne l'aurait-on pas, après tout, condamné en dépit de son ignorance réelle des crimes de ses subordonnés; quoi de mieux pour perpétuer le négationnisme ou le révisionnisme, entretenir dans l'opinion publique de ses partisans qu'il n'est pas un « haut responsable » d'un génocide par exemple et qu'il est au contraire un héros de guerre victime de plus puissants que lui. Bref, il est peut-être souhaitable d'en arriver, malgré l'emploi d'un vocabulaire équivoque, à une interprétation des mots de l'article 28 a) qui désigne la faute requise chez le supérieur hiérarchique militaire en conformité du droit coutumier en la matière.

Pour y arriver, les mots « en raison des circonstances » de l'article 28 a) doivent nous aider à déterminer le sens des mots « aurait dû savoir ». Il s'agit d'une précision très importante qui montrerait que le Statut de la CPI n'impose pas d'obligation de savoir aux supérieurs hiérarchiques militaires.

99 *Id.*

Rappelons que la Chambre d'appel du TPIY dans *Celebici*, a affirmé qu'une telle obligation n'existe pas en droit international coutumier.¹⁰⁰ Certes, en raison de la discipline et de l'organisation militaire qui repose largement sur les réseaux de communication, on est en droit de supposer que les commandants militaires sont généralement plus et mieux informés des actes de leurs subordonnés que les autres catégories de supérieurs hiérarchiques. Toutefois, on ne devrait pas leur imputer une connaissance des crimes de leurs subordonnés sans que l'on mette en preuve un minimum d'informations disponibles à cet effet. À notre avis, c'est le sens qu'il faudrait donner à l'expression « en raison des circonstances ». Les circonstances concrètes sont celles qui procurent ce minimum nécessaire d'informations qui suggèrent au chef militaire que ses subordonnés ont commis ou s'approprient à commettre des crimes. Si, en raison des circonstances, un chef militaire était en mesure de savoir, on peut lui reprocher de s'être aveuglé volontairement. Dans un tel cas, il sera justifié de le tenir responsable.

La question reste tout de même problématique quant au choix de la règle par la CPI: si la Cour décide que la responsabilité découle du manque de diligence du supérieur militaire, elle aura préféré la règle de responsabilité fondée sur la négligence plus ou moins caractérisée; si elle décide que la responsabilité découle du refus délibéré de savoir, elle aura choisi la règle de responsabilité fondée sur l'ignorance volontaire. C'est ultimement la Cour pénale internationale qui interprétera ce texte et optera pour l'une ou l'autre règle. Pour le moment, nous constatons que le droit international coutumier répugne à condamner pour des crimes extrêmement graves sur la base de la simple négligence.

Les articles 5 et 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*¹⁰¹ adoptée par le Parlement canadien pour mettre en œuvre le Statut de la CPI au Canada, écartent toute ambiguïté et toute possibilité de fonder la responsabilité du supérieur hiérarchique sur la simple négligence ou manque de diligence. Mais, la responsabilité fondée sur une faute intentionnelle est, elle aussi, écartée. La loi prévoit en effet que la responsabilité du chef militaire repose sur la connaissance ou, à titre alternatif, sur l'ignorance qui découle de la négligence criminelle.¹⁰² Le législateur canadien semble avoir déduit que le Statut de la CPI permettrait dorénavant la condamnation du supérieur hiérarchique militaire sur la base de la simple négligence et qu'il aurait dérogé au droit coutumier. D'ailleurs, le *Manuel de ratification et de mise en œuvre du Statute de Rome* sur la CPI fait par deux ONG canadiennes et rédigé avec la collaboration et les conseils de plusieurs juristes du Ministère de la Justice du Canada, n'hésite pas à interpréter l'article 28 a) du Statut de Rome en supposant qu'il énonce une

100 Voir *Celebici* arrêt d'appel, *précité*, note 37, para 226.

101 *Précitée*, note 29.

102 Le para. 5(1)b) de la loi prévoit : « il sait que la personne est sur le point ou en train de commettre l'infraction ou il se rend coupable de négligence criminelle du fait qu'il ignore qu'elle est sur le point ou en train de commettre l'infraction. »

règle de responsabilité du supérieur militaire fondée sur la négligence et considère que le supérieur militaire a une obligation d'empêcher la violation du droit humanitaire par ses soldats.¹⁰³

Sur la base de cette interprétation du Statut, le législateur canadien aurait proposé, dans son droit interne, l'exigence du plus haut degré de négligence reconnu par le droit canadien.¹⁰⁴ En d'autres mots, notre législateur aurait vu dans le texte de la CPI une réduction des exigences du droit coutumier quant à la faute qu'il a préféré ne pas reproduire dans sa loi. Par contre, si l'on se fie à certaines décisions de droit constitutionnel canadien, son choix quant au degré de faute requis pour tenir un supérieur hiérarchique militaire responsable des actes de ses subordonnés, pourrait lui-même être insuffisant et constitutionnellement vulnérable.¹⁰⁵

Examinons enfin le troisième critère qui traite de l'inaction du supérieur. En vertu de l'article 28 a)(ii), le chef militaire sera responsable s'il a fait défaut de prendre toutes les mesures nécessaires et raisonnables en son pouvoir pour empêcher la commission du crime, en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites. À cet égard, l'article 28 a)(ii) formule ses devoirs de façon plus détaillée et concrète que la disposition équivalente des Statuts des tribunaux *ad hoc*. L'article souligne expressément que le chef militaire doit prendre *toutes* les mesures raisonnables et nécessaires; ceci reflète sans doute la vision du « législateur international » selon laquelle un supérieur hiérarchique ne saurait se dégager de sa responsabilité pénale en démontrant qu'il a notamment pris *certaines* mesures qui, après vérification au procès, ne consistaient qu'à sauver les apparences.

Par ailleurs, la précision qu'il s'agit de mesures *en son pouvoir* indique que l'on ne s'attend pas de ce supérieur militaire qu'il fasse l'impossible pour empêcher les crimes; au contraire, il est seulement tenu de mettre en œuvre son pouvoir et tous les moyens dont il dispose pour y parvenir. L'expression « ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites » qu'on ne trouve pas dans les Statuts des TPI *ad hoc* est la traduction de l'idée qu'un chef militaire ne dispose pas forcément

103 Droit et Démocratie et Le Centre international pour la réforme du droit criminel et la politique en matière de justice pénale, *La Cour pénale internationale, Manuel de ratification et mise en œuvre du Statut de Rome*, 2e édition, Mars 2003, p.137.

104 L'article 219 du Code criminel du Canada définit la négligence criminelle comme étant une action ou une omission qui « montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui ».

105 À notre avis, il n'est pas certain que cette disposition résiste à une attaque de nature constitutionnelle. En effet, la Constitution canadienne exige que la faute morale d'un crime reflète sa gravité, les stigmates qui y sont associés de même que la sévérité de la peine qui le sanctionne. Condamner un chef militaire de génocide, de crime contre l'humanité ou de crime de guerre sur la base de sa négligence, même criminelle, risque de ne pas rencontrer ce standard. Voir *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633 et, surtout, *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, à la p. 818. Voir aussi : *R. c. Sit*, [1991] 3 R.C.S. 124; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731.

lui-même d'un pouvoir d'enquête et de poursuite. En effet, si une violation du droit international, et plus particulièrement des lois et coutumes de la guerre, commise par un soldat peut entraîner sa responsabilité disciplinaire (une question qui relèvera le plus souvent du pouvoir des chefs militaires), elle peut également donner lieu à des accusations criminelles et même à des poursuites civiles — des domaines qui échappent à la compétence d'un chef militaire. Pour s'assurer que le supérieur prend toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou réprimer la commission d'un crime par ses subordonnés, le Statut de la CPI est explicite: le chef militaire est tenu de référer une situation problématique aux autorités compétentes pour mener une enquête ou, le cas échéant, déclencher des poursuites. Ces autorités seront, selon le cas, des autorités disciplinaires au sein de l'armée ou des autorités judiciaires. Ici encore, le Statut de la CPI semblerait codifier des principes énoncés par la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda.¹⁰⁶

2. Les autres supérieurs hiérarchiques — l'article 28 b) du Statut

L'article 28 b) du Statut se présente comme une norme résiduelle : il permet de poursuivre tous les supérieurs hiérarchiques qui ne sauraient être poursuivis en tant que chefs militaires selon l'alinéa a) pourvu que les autres conditions posées par l'alinéa b) soient réunies. L'on couvre sans doute les liens de subordination entre des personnes civiles. Mais le Statut n'emploie pas le terme « civil ». L'on a délibérément choisi une formule moins précise afin de couvrir *toutes* les personnes en position d'autorité dont les fonctions ne sont pas militaires, mais qui, en raison du poste occupé, ont le pouvoir d'empêcher ou de réprimer la commission de crimes par leurs subordonnés. Par exemple, un militaire qui ne peut être poursuivi en vertu de l'article 28 a), pourrait l'être en vertu de l'article 28 b) du Statut lorsqu'il exerce des fonctions qui ne sont pas de caractère militaire. Par exemple, dans un camp de concentration dont le directeur est un militaire et les employés sont des civils, il n'existe pas de relation de subordination militaire. La responsabilité pénale du militaire pourrait être engagée en vertu de l'article 28 b) pour les crimes commis par les civils dans la mesure où celui-là exerce une autorité et un contrôle effectifs sur ces derniers. Bref, c'est avant tout la nature de la relation entre le supérieur et le subordonné qui détermine lequel des deux alinéas s'applique et la qualité militaire ou non du supérieur hiérarchique n'est pas un critère, à lui seul, déterminant.

L'article 28 b) n'exige pas que le lien de subordination entre le supérieur et le subordonné soit directe. Il suffit que le subordonné criminel ait été *sous l'autorité et le contrôle effectifs* du supérieur pour que sa responsabilité criminelle soit engagée. L'alinéa b) n'emploie pas le mot

106 Voir par exemple le jugement *Blaskic*, *précité*, note 38, para 335 qui dit que « dans certaines circonstances, un commandant peut s'acquitter de son obligation d'empêcher ou de punir en signalant l'affaire aux autorités compétentes ».

« commandement ». Dans les structures autres que militaires, il n'existe pas nécessairement une chaîne formelle de commandement.¹⁰⁷ D'ailleurs, c'est la raison d'être de la distinction entre les régimes de responsabilité des supérieurs militaires et non militaires. La discipline rigide et une hiérarchie fondée sur la subordination sont les deux principales caractéristiques de toute armée régulière.¹⁰⁸ La hiérarchie militaire suppose qu'une personne de grade inférieur est subordonnée et obéit à une autre de grade immédiatement supérieur et à toutes les autres personnes de plus hauts grades. Chaque supérieur dans cette chaîne de commandement peut émettre des ordres aux grades inférieurs et en contrôler l'exécution. Vu qu'une telle subordination soit très rare, voire inexistante, dans les structures autres que militaires, le devoir du supérieur civil de contrôler les actions de ses subordonnés ne peut être aussi exigeant que celui des supérieurs militaires.¹⁰⁹ Pour cette raison, le sous-paragraphe ii) de l'alinéa b) précise que le supérieur non militaire n'engagera sa responsabilité que si les crimes commis sont « liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ». Si les subordonnés ont commis les crimes en agissant en dehors de la sphère de pouvoir et de contrôle du supérieur, il ne saurait en être tenu responsable.¹¹⁰

L'article 28 est cependant susceptible d'engendrer une controverse au sujet du choix de l'alinéa a) ou b) qui devrait déterminer la règle de responsabilité du supérieur hiérarchique applicable au chef d'un groupe paramilitaire. Qu'on se le dise, ces milices constituées hors des armées régulières sont, plus souvent que ces dernières, celles qui causent sur une grande échelle des atrocités de la nature de crimes de guerre et contre l'humanité. Mais, la présomption de l'existence d'une chaîne de commandement bien établie et connue de tous les participants d'une milice ou d'un groupe paramilitaire ne va pas de soi. Pourtant, cela paraît difficile d'accepter que ce modèle d'organisation de la force qui rend souvent possibles les plus graves violations du droit humanitaire donne lieu à un traitement de faveur et que ces chefs soient soumis à une règle de droit moins rigoureuse que les chefs militaires.

Certains auteurs s'interrogent même sur le sens de l'alinéa ii) de l'article 28 b) dans la mesure où ce texte est appliqué à de tels chefs et exige d'établir un lien ou relation explicite entre les crimes commis par les subordonnés et les activités contrôlées par le supérieur non militaire. Ils se demandent en effet si le Statut de Rome ajoute un critère supplémentaire pour ces supérieurs hiérarchiques qui n'est pas requis pour les chefs militaires.¹¹¹ Nous sommes

107 *Id.*

108 Michael L. Smidt, Yamashita, Medina, and Beyond: Command Responsibility in Contemporary Military Operations, 164 *Mil. L. Rev.* 155, 165 et suiv.

109 Cherif Bassiouni & Peter Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, (1996), 347-348.

110 *Id.*

111 Greg R. Vetter, Command Responsibility of Non-Military Superiors in the International Criminal Court (ICC), 25 *Yale J. Int'l L.* 89, 115.

plutôt d'avis que le sous-paragraphe ii) ne constitue qu'une description réaliste de la notion d'« autorité et contrôle effectifs » dans un contexte non militaire. Cette façon de voir serait d'ailleurs plus harmonieuse avec un meilleur ajustement de la théorie de la responsabilité pénale à la réalité des crimes internationaux et aux caractéristiques de la criminalité de groupe qu'ils supposent.

À la différence de l'article 28 a), qui emploie l'expression « savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir », l'alinéa b) formule l'élément moral requis des chefs non militaires dans les termes suivants : « *savait* que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes *ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations* qui l'indiquaient clairement ». Le Statut de la CPI semble exiger une moindre vigilance des chefs non militaires sur les gestes de leurs subordonnés, ce qui rendrait la tâche de preuve du Procureur plus difficile au moment du procès. Pour établir la responsabilité de tels chefs, celui-ci doit en effet prouver, dans chaque cas d'espèce, que le supérieur *disposait d'informations* qui indiquaient *clairement* que des crimes avaient été commis (ou étaient sur le point de l'être) et qu'il a *délibérément* choisi de ne pas en tenir compte. Manifestement, l'élément de faute est subjectivement apprécié.

Certains auteurs considèrent qu'il s'agit d'un adoucissement du standard déjà existant en droit international voire la création d'un nouveau standard plus favorable aux défendeurs non militaires.¹¹² Bien sûr, ce point de vue devra être vérifié dans la future jurisprudence de la CPI. Toutefois, nous sommes plutôt portés à croire que le traitement réservé aux supérieurs hiérarchiques non militaires n'est pas moins rigoureux que celui aménagé par le droit international coutumier et, comme nous l'avons déjà dit, le Statut de la CPI aurait peut-être plutôt augmenté la rigueur de la règle coutumière concernant la responsabilité des chefs militaires en permettant de retenir leur culpabilité sur la base d'une faute objectivement appréciée, la négligence.

Plusieurs autres indices dans la phraséologie de l'article 28 b) nous laissent penser que la CPI pourrait rester fidèle à l'interprétation de la faute requise pour tenir un chef non militaire responsable. Si l'emploi du terme « délibérément » fait croire à certains que l'article 28 b) exige la preuve d'une intention criminelle de la part du supérieur non militaire au lieu d'une négligence criminelle qui serait le standard applicable devant les tribunaux *ad hoc*, nous n'adhérons pas à ce point de vue. Ce qui est « délibéré » dans le comportement du supérieur, c'est l'ignorance des informations qui « indiquent clairement » que ses subordonnés ont commis des crimes ou s'apprentent à en commettre. Ceci l'oblige à réagir pour prévenir ou réprimer ces crimes, sinon, son inaction est complice des agissements de ses subordonnés. En d'autres mots, le supérieur choisit sciemment de ne pas prendre connaissance des informations qu'il a en sa possession et qui dévoilent les activités criminelles de ses subordonnés.¹¹³ Or, c'est exactement

112 *Id.*, 95.

113 La loi canadienne sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, précitée, note

ce que le droit international lui interdit de faire — de tourner la tête, de s'aveugler volontairement. On connaît cet état d'esprit au Canada sous le vocable d'aveuglement volontaire (*willful blindness*). À notre avis, l'article 28 b) du Statut de la CPI vise exactement la même norme de faute que celle incriminée par les articles 7(3) du Statut du TPIY et 6(3) du Statut du TPIR, mais cet article le fait de façon plus claire. Devant les tribunaux *ad hoc*, c'est plutôt la jurisprudence qui a précisé le contenu de la norme :

[...] un supérieur ne saurait ignorer délibérément les agissements de ses subordonnés. Un supérieur qui ignore tout simplement les informations qu'il a effectivement en sa possession et qui devraient l'amener à conclure que ses subordonnés commettent ou sont sur le point de commettre des crimes manque gravement à ses devoirs et peut être à ce titre tenu pour pénalement responsable en application de la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique.¹¹⁴

La raison pour laquelle le supérieur choisit d'ignorer les informations indiquant que ses subordonnés commettent ou ont commis des crimes n'a aucune incidence sur la responsabilité du supérieur, puisque cela tient du mobile. En résumé, la norme de faute vise à sanctionner les supérieurs hiérarchiques qui, en toute connaissance de cause, ont manqué à leur devoir de prévenir ou de réprimer la commission de crimes par leurs subordonnés. La responsabilité 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 ignorées de manière coupable ou à dessein.¹¹⁵ Toutefois, l'on ne saurait le tenir responsable de ne pas avoir su que des crimes avaient été commis par ses subordonnés.

La Chambre de première instance du TPIR est en harmonie avec la reconnaissance d'une distinction entre la responsabilité des chefs militaires et celle des autres supérieurs hiérarchiques et qui est explicitée à l'article 28 du Statut de la CPI. Or, cette distinction repose sur l'idée que le chef militaire, par la nature même de ses fonctions, doit prendre l'initiative de s'informer des activités de ses subordonnés alors que cette obligation n'est pas nécessairement implicite dans les rapports non militaires de subordination. La différence de phraséologie des deux alinéas de cet article rendrait compte de cette réalité distincte des obligations en matière d'informations et de communications. L'article 28 b) du Statut « n'exige pas, de prime abord, du supérieur civil le devoir d'être informé de chacune des activités menées par les diverses personnes placées sous son contrôle »,¹¹⁶

29 , reprend cette terminologie. Elle incrimine, aux articles 5 et 7 les fait, pour les supérieurs non militaires, le fait de « délibérément négliger » de tenir compte d'informations pertinentes.

114 Jugement *Celebici*, précité, note 30, para 387.

115 *Le Procureur c. Ignace Bagilishema, affaire n° ICTR-95-1A-A*, Arrêt, 3 juillet 2002, para. 35.

116 Jugement *Kayishema and Ruzindana*, précité, note 55, para 228.

En bref, les alinéas a) et b) de l'article 28 poseraient moins une exigence différente quant à la norme de faute de l'une et l'autre catégorie de supérieurs hiérarchiques mais postuleraient une position différente des chefs militaires et non militaires au regard de l'accès à l'information et par conséquent quant à leur connaissance réelle des faits dans l'exercice des fonctions. Un chef militaire est sensé contrôler ses subordonnés de façon active. Par conséquent, il est tenu d'être plus vigilant à l'égard de leurs agissements et réagir à tout indice qui, dans des circonstances données, peut suggérer la commission potentielle ou réelle de crimes par eux. Quant aux supérieurs non militaires, ils ne sont généralement pas obligés de contrôler leurs subordonnés vingt-quatre heures sur vingt-quatre. Il serait donc plus juste de les tenir seulement responsables lorsqu'il est démontré qu'ils détenaient de l'information concrète indiquant que des crimes ont été commis par leurs subordonnés ou sur le point de l'être. Ces conclusions nous paraissent d'ailleurs conformes avec la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*.

En dernière lieu et avec notre biais canadien comme gulle d'analyse, nous estimons que l'emploi des mots « auraient dû savoir » à l'article 28 a) est un choix malheureux. Il aurait cependant été plus simple, plutôt que de faire varier la norme de faute applicable aux militaires et aux non militaires, de prévoir explicitement une présomption de connaissance et de contrôle applicable aux militaires même si la jurisprudence du TPIY, comme nous l'alons déjà mentionné, est défavorable à la reconnaissance d'une telle présomption. La confusion entre norme de faute et le moyen de preuve de la faute aurait ainsi été évitée. Plutôt que de soumettre les militaires à une responsabilité pénale pour les crimes les plus graves sur la base de leur simple négligence, il aurait été possible de les assujettir à une présomption de connaissance et de contrôle d'informations compte tenu des circonstances particulières dans lesquelles ils agissent.

Quant au dernier critère de détermination de la responsabilité du chef non militaire en vertu du Statut de la CPI, soit l'omission de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou réprimer les crimes de ses subordonnés, ce critère est identique au critère applicable aux supérieurs militaires et reproduit textuellement le droit relatif à la même question en vertu des Statuts des TPI *ad hoc*.¹¹⁷ Par conséquent, ce que nous avons dit précédemment sur le sujet peut être ici transposé. Rappelons seulement qu'il est plus rare pour un chef non militaire de détenir un pouvoir de punir ses subordonnés, sauf parfois, aura-t-il, un pouvoir disciplinaire.¹¹⁸ En pratique, les chefs civils s'acquitteront de leur devoir d'agir pour être à couvert de responsabilité criminelle en référant leurs subordonnés criminels aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

117 Greg Vetter avance que la CPI appliquera le standard adopté par la chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Celebici*. (Greg R. Vetter, *précité*, note 89, p. 115).

118 La jurisprudence des TPI *ad hoc* confirme que les supérieurs hiérarchiques civils ont des devoirs.

E. Conclusion

Si les atrocités de la Deuxième Guerre mondiale ont provoqué le cri du cœur « jamais plus » de la part de la communauté internationale, les crimes de génocide, de guerre et contre l'humanité de la fin du XXe siècle en ex-Yougoslavie et au Rwanda l'ont laissée dans le désarroi avec une mauvaise conscience en bandoulière. C'est néanmoins à compter de 1945 que l'on reconnaît des principes de responsabilité pénale dans l'ordre international qui peuvent rendre les responsables de telles atrocités redevables aux yeux de tous. Les règles internationales relatives à la responsabilité du supérieur hiérarchique, qui étaient douteuses jusqu'alors, font dorénavant partie du droit international coutumier. Hélas, ces règles demeureront plus ou moins lettre morte et il faudra de nouvelles atrocités à la fin du XXe siècle pour qu'elles soient formellement intégrées au droit conventionnel des TPI et de la CPI et appliquées à des supérieurs hiérarchiques civils et militaires par les Tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Entre ces deux moments de l'histoire de l'humanité, le droit pénal international donne l'impression d'avoir opté pour la stratégie des petits pas dans la lutte contre l'impunité des principaux responsables de crimes de génocide, de guerre et contre l'humanité. Mais, la jurisprudence du TPIY et du TPIR et la naissance de la Cour pénale internationale ont provoqué une accélération du tempo dans le développement du droit pénal international. Dans cette effervescence juridique des récentes années, l'expérience judiciaire internationale tend cependant à illustrer que le combat pour mettre fin à l'impunité n'est pas encore gagné. Les règles d'attribution de responsabilité à un chef pour les crimes de ses subordonnés, semblent seulement capables de s'en prendre aux supérieurs hiérarchiques qui sont proches du théâtre des opérations criminelles de leurs soldats et autres subordonnés.

Dans le présent article, nous avons en effet argué que cette doctrine de la responsabilité du supérieur a des limites. Si le concept de contrôle effectif que nous avons expliqué permet de retenir la responsabilité de personnes qui ne s'inscrivent pas nécessairement dans la chaîne de commandement d'une armée régulière, cette notion pose aussi les insuffisances de la doctrine. Les « plus haut responsables », ceux qui planifient, incitent et permettent les atrocités sur grande échelle par leurs commettants et subordonnés sont généralement trop éloignés du terrain des opérations pour que la doctrine du supérieur hiérarchique engage leur responsabilité criminelle. L'article 28 du Traité de Rome ne semble pas remédier à cette difficulté. Sa rédaction reste fort discutable dans la mesure où elle propose peut-être une norme de faute moins exigeante pour les chefs militaires qui pourraient voir leur responsabilité pénale reconnue sur la base de leur négligence. À notre avis, la doctrine de la responsabilité du supérieur constitue au mieux un mode de participation du supérieur hiérarchique à l'infraction commise par des exécutants, au pire, une forme inadéquate de responsabilité pour le fait d'autrui. En tout état de cause, cette doctrine est peu susceptible de conduire

à la reconnaissance de la responsabilité des « plus hauts responsables » de crimes de génocide, de guerre et contre l'humanité dans l'état actuel du droit international. Il faut encore s'adonner au travail de conceptualisation d'une théorie générale de la responsabilité pénale des hauts responsables des crimes internationaux en espérant que cet exercice soit bientôt complété et n'attende pas la survenance de nouvelles atrocités pour y arriver.