

La responsabilité pénale internationale des supérieurs civils et militaires

Fabián Raimondo *

Introduction

Le thème de la responsabilité pénale internationale des supérieurs civils et militaires est très attirant et compliqué en même temps. C'est pourquoi la doctrine lui a consacré un grand nombre d'articles – tel que le démontre la bibliographie attachée à cette contribution – et les tribunaux internationaux ont souvent statué sur ce sujet.

La notion de responsabilité pénale internationale des supérieurs civils et militaires (dorénavant « responsabilité du supérieur » tout court) est aussi connue sous le nom de « responsabilité du commandant », puisque issue de la doctrine militaire. L'idée de responsabilité du supérieur exprime, *lato sensu*, que celui-ci peut être tenu responsable pour sa participation directe à la planification, préparation ou exécution d'une infraction disciplinaire ou criminelle. Cependant, *strictu sensu*, elle révèle que le supérieur est tenu responsable pour l'omission d'empêcher les actes ou omissions disciplinaires ou criminelles de ses subordonnés, ou de les punir. Pour

* Chargé de recherches, *Amsterdam Centre for International Law*, Université d'Amsterdam. Diplômes d'avocat et *magister* en relations internationales (La Plata, Argentine). (F.O.Raimondo@UVA.nl)
International Studies Journal, Vol. 1, No. 3, Winter 2005, pp. 21-41.

résumer, le supérieur est tenu indirectement responsable en raison de son omission contraire à un devoir d'agir et des infractions d'autrui. Dans ce papier, nous nous pencherons uniquement sur la responsabilité du supérieur *strictu sensu*.

Le droit international applicable à ce sujet se compose de règles coutumières et conventionnelles. La jurisprudence internationale a déterminé l'existence d'une règle coutumière établissant la responsabilité du supérieur en 1948 : sept des 25 condamnés par le Tribunal militaire international pour l'Extrême-orient (TMIEO) ont été tenus responsables de négligence criminelle, pour avoir violé le devoir de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la protection des prisonniers de guerre et les internés civils au pouvoir du Japon à l'occasion de la Seconde Guerre Mondiale. Puis, la responsabilité du supérieur fut régulée en 1977 dans le Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève de 1949 (Protocole I). Ensuite, en 1993 et 1994, des règles concernant la matière ont été établies respectivement aux statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR). En 1998, le statut de la Cour pénale internationale (CPI) a accueilli le concept. Finalement, en 2000, la responsabilité du supérieur a été stipulée dans le statut de la Cour spéciale pour la Sierra Leone (CSSL).

Bien que les éléments constitutifs de la responsabilité du supérieur (le lien de subordination entre le supérieur mis en cause et l'auteur de l'infraction, l'élément intentionnel et l'omission contraire à un devoir d'agir) sont les mêmes selon les statuts du TPIY, le TPIR, la CPI et la CSSL, nous trouvons des différences dans le statut de la CPI au sujet de la détermination du deuxième élément.

Le but de cette contribution est d'analyser comment la règle coutumière établissant la responsabilité du supérieur a été interprétée et appliquée par le TPIY et le TPIR, et, au cas échéant, de signaler les différences avec la règle conventionnelle stipulée dans le statut de la CPI. À ce propos, nous essaierons de répondre aux quelques questions qui nous intéressent tout particulièrement : quels sont les critères appliqués par la jurisprudence internationale pour déterminer la responsabilité du supérieur ? Quelles sont

les infractions engageant la responsabilité selon le droit coutumier ? Est-ce que le lien de causalité constitue un élément séparé de la responsabilité du supérieur ?

La structure de ce papier comporte trois parts : dans la première, nous nous pencherons sur le lien de subordination entre le supérieur mis en cause et l'auteur de l'infraction ; dans la deuxième, nous aborderons l'élément intentionnel de la responsabilité du supérieur ou *mens rea*; dans la troisième, nous considérerons la question de l'omission contraire à un devoir d'agir. Finalement, nous formulerons nos conclusions.

I. Le lien de subordination entre le supérieur mis en cause et l'auteur de l'infraction

Des règles concernant la responsabilité du supérieur ont été établies dans les articles 86 (2) du Protocole I,⁽¹⁾ 7 (3) du statut du TPIY,⁽²⁾ 6 (3) du statut du TPIR,⁽³⁾ 28 du statut de la CPI,⁽⁴⁾ et 6 (3) de la CSSL.⁽⁵⁾ Malgré l'inexistence d'une règle similaire dans la charte constitutive du TMIEO, celui-ci condamné sept des 28 accusés en se fondant implicitement sur une norme coutumière.⁽⁶⁾

A. La notion de « supérieur »

Le lien de subordination est un des éléments constitutifs de la responsabilité du supérieur. Même si originalement ce type de responsabilité n'était applicable qu'aux chefs militaires,⁽⁷⁾ la jurisprudence internationale émergente après la Deuxième guerre mondiale l'a étendue aux supérieurs civils en se fondant implicitement sur une norme coutumière. En effet, le TMIEO n'a pas fait de distinction entre les supérieurs civils et militaires et il a condamné les ministres Hirota, Togo et Shigemitsu, le maréchal Hata et les généraux Matsui, Kimura et Muto,⁽⁸⁾ sur la base de cette norme-là.

Similairement, le Protocole I et les statuts du TPIY, le TPIR et de la CSSL ne réfèrent qu'à des « supérieurs » tout court, sans distinguer entre des militaires et des civils.⁽⁹⁾ Il apparaît donc *prima facie* que les supérieurs civils et militaires peuvent être tenus responsables en application de ces

règles.

Ainsi, les statuts des tribunaux nommés précédemment établissent implicitement la responsabilité pénale des supérieurs civils, étant donné qu'ils l'attribuent à quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé dans leurs statuts et cela malgré leur qualité officielle.⁽¹⁰⁾ Par conséquent, il s'en suit que les supérieurs civils comme les militaires peuvent être mis en cause pour les infractions commises par leurs subordonnés.

Depuis le premier jugement que le TPIR a prononcé, il s'est montré hésitant dans l'application de l'article 6 (3) de son statut aux supérieurs civils. En s'appuyant sur l'opinion séparée du juge Röling du TMIEO, le tribunal a déclaré que l'application de la règle aux civils demeure controversée.⁽¹¹⁾ Étrangement, cet argument a été l'unique avancé par le TPIR à ce sujet. De cette façon, il a donné valeur égale à ladite opinion séparée qu'à l'arrêt du TMIEO. Malgré cela, la chambre de première instance du TPIR a déclaré qu'il convient d'analyser au cas par cas le pouvoir d'autorité de la personne mise en cause pour mieux évaluer si elle détenait le pouvoir de prendre les mesures nécessaires et appropriées pour empêcher ou punir les infractions des subordonnés.⁽¹²⁾ Deux jours plus tard, la même chambre de première instance du TPIR a condamné l'ancien Premier ministre du Rwanda, Jean Kambanda, pour des crimes décrits dans l'acte d'accusation et qu'on lui imputait en vertu de l'article 6 (3) de son statut et dont il avait admis sa culpabilité.⁽¹³⁾

Néanmoins, le fait juridique que les supérieurs civils aussi bien que les militaires puissent être tenus responsables pour des infractions commises par leurs subordonnés, est une règle bien établie de droit international coutumier et conventionnel.⁽¹⁴⁾ La pratique du TPIY et le TPIR est très illustrative à cet égard.⁽¹⁵⁾ Nous tenons à signaler encore, que la règle a été aussi reconnue explicitement dans le statut de la CPI.⁽¹⁶⁾

B. La substance du lien de subordination

Le lien de subordination est le nexus entre le supérieur mis en cause et le

subordonné auteur de l'infraction. Nous l'avons vu, le premier peut être soit un civil soit un militaire. Mais, quelle est donc la substance de ce lien de subordination ? La raison principale pour laquelle les supérieurs civils et militaires peuvent être mis en cause pour les infractions commises par leurs subordonnés, est qu'ils se trouvent dans une position d'autorité vis-à-vis ces derniers.

Subséquemment, une position de commandement ou d'autorité est l'une des conditions nécessaires pour que la responsabilité du supérieur puisse être configurée ; et le facteur qui la détermine est constitué par la possession actuelle de pouvoirs de contrôle sur les actes des subordonnés. Du moment que l'attribution formelle de la qualité officielle de supérieur n'est pas une exigence indispensable pour l'application de la règle en examen, il s'en suit que la responsabilité des supérieurs peut être attribuée à des personnes ayant un commandement *de iure* ou *de facto*. Essentiellement, le supérieur doit posséder des pouvoirs de contrôle sur le subordonné auteur de l'infraction.⁽¹⁷⁾ Ce qui explique pourquoi les personnes civiles peuvent être chargées pour leurs responsabilités de supérieurs, dans la mesure qu'elles exercent un degré de contrôle sur leurs subordonnés similaire à celui d'un supérieur militaire.⁽¹⁸⁾ Par contre, la responsabilité du supérieur n'est pas engagée dans l'absence de contrôle sur le subordonné ou si ce contrôle est très faible.⁽¹⁹⁾ En outre, plusieurs personnes peuvent être tenues responsables des infractions de leurs subordonnés.⁽²⁰⁾

En ce qui concerne les supérieurs civils exerçant des positions d'autorité, la pratique internationale nous montre des cas où ceux-là furent déclarés responsables des infractions commises par des personnes sur lesquelles ils n'ont pas d'autorité formelle à l'égard du droit national : en d'autres termes, sur des personnes sur lesquelles ils ont une autorité *de facto*. La condamnation du Ministre des affaires étrangères japonais Koki Hirota sur la base de la responsabilité du supérieur pour des crimes de guerre, bien qu'il n'avait pas l'autorité formelle octroyée par le droit japonais pour réprimer ces crimes, constitue un exemple à ce sujet.⁽²¹⁾

Étant donné que la doctrine de la responsabilité du supérieur se base sur son pouvoir de contrôle *de jure* ou *de facto* sur les actes de ses subordonnés,

il est opportun de se pencher sur l'interprétation que la jurisprudence internationale a fait de la notion de « contrôle ». En particulier, le TPIY a déclaré que le contrôle du supérieur sur les actes des subordonnés doit être « effectif » : il est nécessaire que le premier ait la possibilité matérielle d'empêcher et punir la commission des infractions des derniers; dans le cas du supérieur civil, cela n'arrive que lorsqu'il exerce un degré de contrôle sur le subordonné similaire à celui des chefs militaires.⁽²²⁾ De toute manière, il convient de noter que le supérieur civil, normalement, n'a pas les mêmes pouvoirs disciplinaires que le militaire. Ainsi il n'est pas indispensable que le premier détienne un pouvoir de sanction – en ce qui concerne le subordonné auteur de l'infraction - identique à celui du deuxième, parce que, autrement, la règle deviendrait pratiquement inapplicable. La possibilité de transmettre des rapports suffit pour le supérieur civil, d'être mis en cause.⁽²³⁾

Finalement, le statut de la CPI requiert des supérieurs militaires et civils qu'ils exercent, du « commandement et contrôle effectifs » ou « autorité et contrôle effectifs » sur les agissements de leurs subordonnés.⁽²⁴⁾ La première formule s'applique dans le cas de forces placées sous le commandement et contrôle *de facto* ou *de jure* d'un supérieur militaire. La deuxième s'applique dans les cas de chefs militaires exerçant du contrôle sur des forces qui ne sont pas directement placées sous son commandement ou ayant de l'autorité en tant que chefs militaires d'occupation ;⁽²⁵⁾ et dans les cas de supérieurs civils possédant de l'autorité *de facto* ou *de jure* pour donner des ordres liés au travail des subordonnés.⁽²⁶⁾

II. L'élément intentionnel ou mens rea

Le deuxième élément constitutif de la responsabilité du supérieur est l'élément intentionnel ou mens rea. La responsabilité peut être engagée du fait que le supérieur savait ou avait des raisons de savoir qu'un de ses subordonnés commettait ou allait commettre une infraction et qu'il n'a pas adopté les mesures nécessaires pour empêcher ou réprimer l'exécution. Le critère pour déterminer cet élément intentionnel diverge entre le droit international coutumier et le statut de la CPI, par rapport aux supérieurs

civils. En outre, puisque le supérieur doit savoir qu'une infraction est en train de se commettre ou sera commise, nous allons nous interroger à propos de la nature de ladite infraction. En résumé, quels sont les types d'infractions que le supérieur doit empêcher ou punir ?

A. Les divers types de mens rea

Selon le droit international coutumier, le supérieur ne peut être tenu responsable pour l'omission d'empêcher ou réprimer les infractions de ses subordonnés que s'il savait effectivement que l'un de ses subordonnés commettait ou allait commettre une infraction, ou s'il possédait l'information en l'avertissant et que dès lors, il avait le devoir d'enquêter aux fins de vérification.⁽²⁷⁾

Le TPIY a constaté que le droit international coutumier n'établit pas de présomption de la connaissance du supérieur des infractions de ses subordonnés, même quand elles sont publiquement notoires, nombreuses, sont commises durant une longue période de temps ou dans un vaste territoire.⁽²⁸⁾ Néanmoins, il convient d'observer que la connaissance effective desdites infractions par le supérieur peut être démontrée par des moyens de preuve directs aussi bien que circonstanciels. Exemples de ces derniers, ce sont le nombre, le type et l'étendue des infractions commises, la longueur de la période de temps pendant qu'elles ont lieu, le nombre et type des troupes impliquées, les officiers participants, etc. -.⁽²⁹⁾ Le statut de la CPI, pour sa part, rejette toute présomption à l'encontre des accusés. En effet, il leur garantit « ne pas se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation ».⁽³⁰⁾

L'élément intentionnel de la responsabilité du supérieur ne se limite pas à la connaissance effective des infractions commises par ses subordonnés. Le premier peut aussi être tenu responsable de ces infractions parce qu'il aurait dû savoir que ces derniers les commettaient ou allaient les commettre⁽³¹⁾ ou parce qu'il possédait des informations lui permettant de conclure que des crimes ont été commis ou allaient être commis.⁽³²⁾ Même si le TMIEO a déterminé l'existence du devoir des supérieurs militaires d'être informés des agissements de leurs subordonnés,⁽³³⁾ le TPIY a constaté que la règle

coutumière s'applique seulement lorsque le supérieur mis en cause est en possession de ladite information.⁽³⁴⁾ Bref, il n'y a pas de devoir de savoir de supérieurs selon le droit international coutumier.⁽³⁵⁾ Aussi, il faut tenir compte que le critère prévu par le TPIY pour évaluer l'information que le supérieur dispose, n'est pas très exigeant : il suffit que le supérieur possède des informations indiquant, par exemple, qu'un des membres des forces armées placées sous son commandement possède un caractère violent ou a consommé de l'alcool avant de partir en mission.⁽³⁶⁾

Il est important de souligner que même si le Protocole I et les statuts du TPIY, TPIR et la CSSL ne distinguent pas entre le critère applicable pour déterminer l'élément intentionnel de la responsabilité du supérieur civil et celui du supérieur militaire, le statut de la CPI établit une telle distinction.⁽³⁷⁾ En effet, le statut stipule – à défaut de la connaissance effective - un critère plus restrictif en ce qui concerne la responsabilité pénale des supérieurs civils et de ce fait il est plus difficile de la prouver : à la place de la formule souple « aurait dû savoir que les subordonnés commettaient ou allaient commettre une infraction » contenues dans les dispositions pertinentes des statuts des tribunaux nommés ci-dessus, celui de la CPI utilise celle de « négliger délibérément de tenir compte des informations qui l'indiquaient clairement ». Pour déclarer un supérieur civil responsable dans la dernière des alternatives mentionnées, celui-ci doit avoir à sa disposition des informations qui indiquent clairement que ses subordonnés sont en train de commettre ou vont commettre un crime de compétence de la CPI ou il doit être conscient de l'existence de telles informations et les ignore délibérément.

B. La nature de l'infraction commise par le subordonné

La question qui nous nous posons maintenant, est de savoir quelle est la nature de l'infraction commise par le subordonné selon le droit international coutumier. Plus spécifiquement, nous nous interrogeons si la règle coutumière établit la responsabilité du supérieur pour des violations au Droit international humanitaire (DIH) commises dans une situation de conflit armé non-international. Cette question est d'une importance capitale pour le TPIY

et le TPIR, étant donné qu'ils doivent appliquer des règles de DIH qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier et que leurs statuts restent muets sur la question.⁽³⁸⁾ L'on souligne que ce problème du contenu de la règle coutumière ne se présente pas devant la CPI, du moment que la règle établie à l'article 28 de son statut s'applique à tous les crimes de sa compétence parmi lesquels, certains crimes de guerre commis dans des conflits armés non-internationaux sont expressément inclus.⁽³⁹⁾

Le premier exemple que nous offre la jurisprudence internationale à ce sujet nous le trouvons dans l'arrêt rendu par le TMIEO, où les sept condamnés sous l'empire de la règle coutumière établissant la responsabilité du supérieur ont été déclarés coupables de crimes de guerre commis contre des prisonniers de guerre et des internés civils dans un conflit armé international.⁽⁴⁰⁾

Puis, d'après l'article 86 (2) du Protocole I, les supérieurs pourront être tenus responsables disciplinairement ou criminellement des infractions aux Conventions de Genève de 1949 ou au Protocole I commises par leurs subordonnés. Nous remarquons que lesdites infractions n'ont lieu que dans les conflits armés internationaux.⁽⁴¹⁾

Ensuite, les statuts du TPIY et le TPIR établissent la responsabilité du supérieur pour les infractions qu'ils y visent⁽⁴²⁾ infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 ;⁽⁴³⁾ violations des lois ou coutumes de la guerre ;⁽⁴⁴⁾ génocide ;⁽⁴⁵⁾ crimes contre l'humanité ;⁽⁴⁶⁾ et violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et au Protocole additionnel (II) aux Conventions de Genève de 1949 (Protocole II).⁽⁴⁷⁾ De ce qui précède, il paraît *prima facie* que la loi de ces deux tribunaux ne limitent pas la responsabilité du supérieur aux seuls crimes commis dans une situation de conflit armé international : d'une part, leurs statuts n'établissent aucune distinction à ce sujet ; de l'autre, quelques-uns des crimes nommés ci-dessus peuvent être commis dans des conflits armés non-internationaux, comme les violations aux lois ou coutumes de la guerre,⁽⁴⁸⁾ et que certains autres ne sont commis que dans ce même type de conflit armé, comme les violations à l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et au Protocole II.⁽⁴⁹⁾ Dans le statut de la CSSL, la situation est similaire : la cour

est habilitée à juger les personnes les plus responsables de violations graves du DIH commises en Sierra Leone depuis le 30 novembre 1996,⁽⁵⁰⁾ parmi lesquelles l'on trouve, par exemple, des violations à l'article 3 commun aux Conventions de Genève et au Protocole II ; aussi bien que certains crimes définis par la loi de la Sierra Leone.⁽⁵¹⁾ Il convient de noter que le statut de la CSSL reproduit la règle que sur la responsabilité pénale des supérieurs établissent les statuts du TPIY et du TPIR.⁽⁵²⁾

À ce moment, la pratique du TPIY nous enseigne que la responsabilité du supérieur a été uniquement engagée dans le cadre d'un conflit armé international.⁽⁵³⁾ Le TPIR, par contre, n'a prononcé qu'une condamnation pour crimes de guerre ; et la responsabilité pénale mise en cause n'a pas été celle du supérieur.⁽⁵⁴⁾

Néanmoins, la Chambre d'appel du TPIY vient récemment de confirmer une décision d'une Chambre de première instance où il a été soutenu que la doctrine de la responsabilité du supérieur était déjà applicable en 1991 aux situations de conflits armés non internationaux.⁽⁵⁵⁾ De cette façon, il n'y a plus de doutes à ce sujet.

III. L'omission contraire à un devoir d'agir

Nous nous sommes déjà exprimés à propos de deux des trois éléments constitutifs de la responsabilité du supérieur : la relation de subordination entre la personne mise en cause et l'auteur de l'infraction, et l'élément intentionnel ou mens rea. C'est le moment, maintenant, de nous pencher sur le troisième élément. C'est à dire, l'omission contraire à un devoir d'agir.

A. Mesures nécessaires pour empêcher ou punir

Un individu n'encourt une responsabilité pénale pour omission que dans le cas où il existerait une obligation juridique d'agir.⁽⁵⁶⁾ L'existence d'une règle internationale coutumière établissant le devoir d'agir du supérieur pour empêcher et réprimer la commission de crimes de guerre par ses subordonnés a été déterminé par le TMIEO,⁽⁵⁷⁾ et elle a été codifiée à l'article 87 du Protocole I.⁽⁵⁸⁾

Une personne a le devoir d'agir, au sens des statuts du TPIY et le TPIR, s'il est établi qu'elle a la qualité de supérieur hiérarchique vis-à-vis des auteurs de l'infraction. Ces tribunaux ont confirmé que les supérieurs sont obligés de prendre toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher la commission d'infractions par leurs subordonnés et, au cas échéant, pour les punir. Étant donné que ces deux tribunaux sont de l'avis que la notion de supérieur implique l'existence d'un pouvoir de contrôle effectif sur les agissements des subordonnés, ils ont déterminé que le supérieur sera responsable de l'omission de prendre les mesures qui sont dans leurs possibilités matérielles. Bref, la responsabilité du supérieur ne sera retenue que s'il avait les moyens matériels d'empêcher la commission des infractions ou d'en réprimer les auteurs.⁽⁵⁹⁾ En outre, ils ont soutenu que le manque de pouvoir *de jure* ne les exonère pas de telle responsabilité.⁽⁶⁰⁾ Il est important de souligner que lesdites possibilités matérielles sont mieux appréciées au cas par cas, que dans l'abstrait. Par exemple, le TPIR a constaté que le directeur de l'usine à thé de Gisovu, Alfred Musema, avait dirigé une attaque sur des réfugiés tutsis à Gitwa, accompagné d'employés de l'usine : il a tiré sur la foule et ses employés ont tué des réfugiés. Outre le fait d'avoir été déclaré responsable pour avoir commis et pour avoir aidé et encouragé des atteintes graves à l'intégrité physique et mentale des victimes, la chambre intervenant dans l'affaire a noté qu'en l'espèce se trouvaient des employés de l'usine à thé de Gisovu, que Musema était leur supérieur hiérarchique, qu'il exerçait des pouvoirs *de jure* et *de facto* sur ces derniers, que par sa présence il avait connaissance des infractions commises par ses subordonnés et, finalement, que Musema n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir la commission de ces infractions.⁽⁶¹⁾

De ce qui précède, l'on observe que le tribunal a appliqué concurremment les dispositions statutaires concernant la responsabilité pénale directe – dans l'espèce, commettre, aider et encourager la perpétration des meurtres des groupes du groupe tutsi et des atteintes graves à leur intégrité physique et mentale – et celle de la responsabilité pénale indirecte – à l'occasion, ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour empêcher ces actes là-⁽⁶²⁾ On peut

s'interroger comment la responsabilité d'un accusé peut être engagée simultanément pour, d'une part, aider et encourager la commission d'une infraction, et, de l'autre, n'avoir pas pris les mesures nécessaires pour l'empêcher ? Cette contradiction a été soulevée par une chambre de première instance du TPIY. Cette dernière a soutenu « [qu]'il serait illogique de tenir un commandant pour pénalement responsable d'avoir planifié, instigué ou ordonné la perpétration de crimes et, simultanément, de lui reprocher de ne pas les avoir empêché ou sanctionné. »⁽⁶³⁾ Même si Alfred Musema était un supérieur civil et Tihomir Blaskic était, par contre, un supérieur militaire, l'on considère que l'argument avancé pour le TPIY est convaincant et qu'il est aussi applicable en ce qui concerne la responsabilité des supérieurs civils.

Au sujet du devoir « d'empêcher ou de punir », il convient de souligner que si le supérieur savait ou avait des raisons de savoir que l'un de ses subordonnés commettait ou allait commettre une infraction et il n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour l'empêcher, il sera responsable pour son omission même s'il a agi pour le punir.⁽⁶⁴⁾

Nous observons que si le supérieur sait ou soupçonne que l'un de ses subordonnés est en train de commettre ou allait commettre une infraction, le devoir de l'empêcher perdure jusqu'au moment de la commission de l'infraction.⁽⁶⁵⁾ La jurisprudence du TPIY concernant le devoir d'en réprimer, pour sa part, a changé. D'abord, il a été soutenu que tel devoir commence après que l'infraction ait lieu. Dans une telle situation, les personnes assumant le commandement après ce moment-là se trouvaient sous la même obligation de punir que les supérieurs exerçant du contrôle effectif sur le subordonné au moment de la commission de l'infraction.⁽⁶⁶⁾ Ensuite, la Chambre d'appel a décidé le contraire. En effet, elle a statué qu'un accusé ne peut pas être chargé sous l'empire de l'article 7 (3) du statut du TPIY pour les crimes commis par son subordonné avant que ledit accusé ait assumé le commandement sur ce subordonné là.⁽⁶⁷⁾

Finalement, nous tirons l'attention sur le fait que le supérieur civil n'est pas requis de posséder un pouvoir disciplinaire semblable à celui du militaire. Autrement, il résulterait que la règle serait presque inapplicable en ce qui concerne le premier.⁽⁶⁸⁾

B. Le lien de causalité

La question touchant l'hypothétique existence d'un lien de causalité entre l'omission du supérieur et l'infraction commise par son subordonné a été discutée par le TPIY dans l'affaire Delalic. Ici, le Bureau du Procureur avait avancé que l'élément intentionnel de la responsabilité du supérieur peut aussi se configurer même si celui-ci sait ou aurait dû savoir que les infractions du subordonné ont été commises ou allaient l'être avant qu'il assume commandement et contrôle sur l'auteur de l'infraction.⁽⁶⁹⁾

Le conseil de la défense, pour sa part, soutenait l'existence d'un élément séparé pour se configurer la responsabilité du supérieur : la causalité. Il affirmait que si l'omission du supérieur de prendre les mesures nécessaires pour empêcher ou réprimer l'infraction commise par son subordonné ne cause pas la commission de ladite infraction, le supérieur ne peut pas être tenu responsable pour l'acte du subordonné. En outre, il ajoutait que cela s'applique également à l'omission du supérieur de réprimer la commission d'une infraction, dans le cas où l'omission de réprimer constituerait la cause d'éventuelles infractions.⁽⁷⁰⁾

La chambre de première instance du TPIY intervenante, pour sa part, a constaté que selon le droit coutumier et conventionnel le lien de causalité n'est pas un élément séparé de la responsabilité du supérieur.⁽⁷¹⁾ Néanmoins, elle a reconnu que le lien est inhérent aux infractions commises par les subordonnés et l'omission du supérieur de les empêcher. Dans une telle situation, il y aurait un lien de causalité entre l'omission du supérieur contraire à un devoir d'agir et les infractions des subordonnés, dans le sens qu'à cause de ladite omission, les infractions ont eu lieu.⁽⁷²⁾ Puis, il convient d'observer que même si le lien de causalité entre l'omission de punir les infractions passées et la commission de futures infractions est probable, il n'y a pas de tel lien entre l'infraction commise par un subordonné et l'ultérieure omission du supérieur d'en réprimer l'auteur.⁽⁷³⁾

Le lien de causalité, à la lumière du statut de la CPI, ne s'écarte pas de la règle coutumière. En effet, ledit lien existe dans le sens que le procureur doit prouver qu'il n'y aurait pas eu d'infraction si le supérieur avait fait son devoir. Le critère pour déterminer le lien de causalité, dans pareille situation,

se limite à démontrer que l’omission du supérieur a accru le risque de commission d’infractions par les subordonnés. Autrement, il serait impossible d’affirmer ce qu’il se serait- passé si le supérieur avait accompli son devoir d’agir étant donné qu’il n’est pas possible de prouver ex post le lien exact de causalité entre l’omission du supérieur et l’infraction du subordonné.⁽⁷⁴⁾

Conclusion

De tout ce qui précède, nous finissons cette contribution en formulant les conclusions suivantes. D’abord, la responsabilité des supérieurs civils et militaires est une règle de droit international coutumier et conventionnel bien établie. L’existence de la règle coutumière a été déterminée à plusieurs reprises par la jurisprudence internationale (TMIEO, TPIY, TPIR) et la conventionnelle a été stipulée dans le Protocole I et les statuts du TPIY, le TPIR, la CPI et la CSSL.

Puis, le premier élément constitutif de la responsabilité du supérieur est la relation de subordination entre la personne mise en cause et l’auteur de l’infraction ; et le test utilisé par le TPIY et le TPIR pour constater sa configuration est celui du « contrôle effectif » : il est nécessaire que le supérieur ait la possibilité matérielle d’empêcher et punir la commission d’infractions par ses subordonnés.

Ensuite, l’élément intentionnel ou *mens rea* ne se présume pas. La connaissance effective de l’infraction commise par les subordonnés doit être prouvée par des moyens de preuve directs ou circonstanciels. De plus, il n’y a pas de devoir de connaissance à la charge des supérieurs. Enfin, même si le droit international coutumier prévoit pareil *mens rea* pour les supérieurs civils et militaires, le statut de la CPI impose un critère plus restrictif : celui de la négligence délibérée d’informations.

Après cela, le statut de la CPI prévoit que le supérieur peut être tenu responsable des certaines violations aux lois ou coutumes de la guerre commises dans des conflits armés non-internationaux. La règle coutumière est similaire à ce sujet.

Puis, l'omission contraire à un devoir d'agir (le troisième élément de la responsabilité du supérieur), signifie que le supérieur doit prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher et punir les infractions commises par ses subordonnés. Les mesures qu'il doit prendre sont celles qui se trouvent dans ses possibilités matérielles, et c'est pour cette raison que le TPIY et le TPIR utilisent le test de le déclarer coupable s'il avait les moyens matériels d'empêcher les infractions ou d'en punir les auteurs. Le fait de punir ces derniers ne relève pas le supérieur de sa responsabilité pour n'avoir pas empêché la perpétration de l'infraction. En outre, il convient de noter que le supérieur civil n'est pas requis de posséder des pouvoirs disciplinaires semblable à ceux du militaire.

Finalement, le lien de causalité entre l'omission du supérieur et l'infraction du subordonné n'est pas un élément séparé de la responsabilité du supérieur. Ainsi, selon le droit international coutumier et le statut de la CPI, le procureur doit prouver qu'il n'y aurait pas eu d'infraction si le supérieur avait fait son devoir. ❖

NOTES:

1. Article 86 (2), Protocole I: « Le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction. »

2. Article 7 (3), statut du TPIY: « 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. »

3. Article 6 (3), statut du TPIR: « Le fait que l'un quelconque des actes visés aux articles 2 à 4 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. »

4. Article 28, statut de la CPI. 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 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 sus ces subordonnés dans les cas où : i) Le supérieur hiérarchique savait que ses 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. »

5. Article 6 (3), Statut de la CSSL: *“The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 4 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior had failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.”*

6. *The Tokyo Judgment, The International Military Tribunal for the Far East (I.M.T.F.E.), 29 April 1946 – 12 November 1948*, Dr. B.V.A. Röling et al. (Eds.), Amsterdam, University Press Amsterdam, 1977, Vol. I, p. 29-31.

7. Boelaert-Suominen, Sonja, “Prosecuting superiors for crimes committed by subordinates: a discussion of the first significant case law since the Second World War”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 4, 2001, p. 750. Green, L.C., “Command responsibility in International Humanitarian Law”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 5, 1995, p. 320-327. Parks, William H., “Command responsibility for war crimes”, *Military Law Review*, vol. 1, 1973, p. 1-19.

8. *Op. cit.* 6, p. 443-465.

9. Article 86 (2), Protocole I; article 7 (3), statut du TPIY; article 6 (3), statut du TPIR; article 6(3), statut de la CSSL.

10. Article 7 (1) et (2), statut du TPIY; article 6 (1) et (2), statut du TPIR; article 6 (1) et (2), statut de la CSSL.

11. *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Jugement, 2 septembre 1998, Ch. I, affaire N° ICTR-96-4-T, par. 487-488.

12. *Ibid.*, par. 488.

13. *Le Procureur c. Jean Kambanda*, Jugement portant condamnation, 4 septembre 1998, Ch. I, affaire N° ICTR-97-23-S, par. 40 (1) (3) (4) (5) et (6).

14. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Judgement, 16 November 1998, T. Ch., Case N° IT-96-21-T, par. 333. *Procureur c. Clément Kayishema et al.*, Jugement, 21 mai 1999, Ch. II, affaire N° ICTR-95-1-T, par. 209. *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, Jugement, 25 juin 1999, Ch. I bis, affaire N° IT-93-14/1-T, par. 75. *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Jugement, 3 mars 2000, Ch. I, affaire N° IT-95-14-T, par. 290. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Judgement, 20 February 2001, App. Ch., Case N°:IT-96-21-A.

15. Entre les supérieurs civils condamnés par le TPIR en application de l'article 6 (3) de son statut, parmi d'autres l'on trouve l'ancien Premier ministre Jean Kambanda, le préfet Clément Kayishema et le directeur d'une usine à thé – Alfred Musema-. Ce tribunal n'a pas, du moment, condamnés de militaires. Le TPIY, pour sa part, il a condamné de civils exerçant effectivement fonction de chef militaire – Zdravko Mucic - ; et des militaires, tel que le général Krstic.

16. Article 28 (a) et (b), statut de la CPI.

17. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Judgement, 16 November 1998, T. Ch., Case N° IT-96-21-T, par. 370.

18. *Ibid.*, par. 355 et seq.

19. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Judgement, 16 November 1998, T. Ch., Case N° IT-96-21-T, par. 377.

20. *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, Jugement, 25 juin 1999, Ch. I bis, affaire N° : IT-93/14/1-T, par. 106.

21. *Op. cit.* 6, p. 446-448.

22. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Judgement, 16 November 1998, T. Ch., Case N° IT-96-21-T, par. 378.

23. *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, Jugement, 25 juin 1999, Ch. I bis, affaire N° IT-93-14/1-T, par. 78.

24. Article 28 (a) et (b), statut de la CPI.

25. Fenrick, William, "Article 28", in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observer's Notes, Article by Article*, Triffterer, Otto (Ed.), Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 518, 521.

26. Article 28 (b) (ii), statut de la CPI.

27. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Judgement, 16 November 1998, T. Ch., Case N° IT-96-21-T, par. 383. *Procureur c. Clément Kayishema et al.*, Jugement, 21 mai 1999, Ch. II, affaire N° ICTR-95-1-T, par. 226.

28. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Judgement, 16 November 1998, T. Ch., Case N° IT-96-21-T, par. 384.
29. *Ibid.*, par. 386.
30. Article 67 (i), statut de la CPI.
31. Article 7 (3), statut du TPIY; article 6 (3), statut du TPIR et article 6 (3), statut de la CSSL.
32. Article 86 (2), Protocole I.
33. *Op. cit.* 6, p. 30.
34. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Judgement, 16 November 1998, T. Ch., Case N° IT-96-21-T, par. 393.
35. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Judgement, 20 February 2001, App. Ch., Case N°: IT-96-21-A, par. 240.
36. *Ibid.*, par. 328.
37. Observez la différente formulation dans les sous paragraphes (i) des paragraphes (a) et (b) de l'article 28, statut de la CPI.
38. *Rapport du Secrétaire Général Établi Conformément au Paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de Sécurité (S 25704)*, par. 33 et seq.
39. Articles 5 et 8 (2) (c), (d) et (e), statut de la CPI.
40. *Op. cit.* 6, p. 29.
41. Article 2 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 ; article 1 du Protocole I.
42. Article 7 (3), statut du TPIY; article 6 (3), statut du TPIR.
43. Article 2, statut du TPIY.
44. Article 3, statut du TPIY.
45. Article 4, statut du TPIY; article 2, statut du TPIR.
46. Article 5, statut du TPIY; article 3, statut du TPIR.
47. Article 4, statut du TPIR.
48. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 August 1995, T. Ch., Case N°: IT-94-1-T, par. 89.
49. Article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949; article 1 du Protocole II.
50. Article 1, statut de la CSSL.
51. Article 5, statut de la CSSL.
52. Article 6 (3), statut de la CSSL.
53. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Judgement, 16 November 1998, T. Ch., Case N° IT-96-21-T, par. 214. *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, Arrêt, 24 mars 2000, Ch. A., affaire

N° : IT-93-14/1-A, par. 154. *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Jugement, 3 mars 2000, Ch. I, affaire N° : IT-95-14-T, dispositif. *Prosecutor v. Dario Kordic*, Judgment, 26 February 2001, T. Ch., Case N°: IT-95-14/2-T, par. 110, 145.

54. *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda c. Le Procureur*, Arrêt, 26 mai 2003, Ch. de Appel, Affaire No. ICTR-96-3-A, par. 584.

55. *Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic et al.*, Decision pursuant to Rule 72 (E) as to Validity of appeal, 21 February 2003, Case No. IT-01-47, par. 179. *Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic et al.*, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Case IT-01-47-AR72, pars. 10-31.

56. *Projet d'articles de la Commission de droit international*, document officiel de l'Assemblée générale, 51^{ème}. Session, Doc. ONU A/51/10 (1996), p. 53.

57. *Op. cit.* 6, p. 30.

58. « Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent charger les commandants militaires, en ce qui concerne les membres des forces armées placées 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 des les dénoncer aux autorités compétentes. »

59. *Procureur c. Clément Kayishema et al.*, Jugement, 21 mai 1999, Ch. II, affaire N° ICTR-95-1-T, par. 511.

60. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Judgment, T. Ch., 16 November 1998, Case N° IT-96-21-T, par. 394-395. *Procureur c. Clément Kayishema et al.*, Jugement, 21 mai 1999, Ch. II, affaire N° ICTR-95-1-T, par. 229-230.

61. *Le Procureur c. Alfred Musema*, Jugement et sentence, 27 janvier 2000, affaire N° ICTR : 96-13-T, par. 890-895.

62. *Ibid.*, par. 891, 894, 895, 926.

63. *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Jugement, 3 mars 2000, Ch. I, affaire N° IT : 95-14-T, par. 337.

64. *Ibid.* par. 336.

65. *Prosecutor v. Dario Kordic et al.*, Judgment, 26 February 2001, T. Ch., Case N°: IT-95-14/2-T, par. 445.

66. *Ibid.*, par. 446. *Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic et al.*, Decision pursuant to Rule 72 (E) as to Validity of appeal, 21 February 2003, Case No. IT-01-47, par. 202.

67. *Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic et al.*, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Case IT_01-47-AR72, pars. 37-51.

68. *Le Procureur c. Zlatko Aleksovki*, Jugement, 25 juin 1999, Ch. I bis, affaire N° : IT-93-14/1-T, par. 78.

69. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Judgement, T. Ch., 16 November 1998, Case N° IT-96-21-T, par. 344.

70. *Ibid.*, par. 396.

71. *Ibid.*, par. 398. *Prosecutor v. Dario Kordic et al.*, Judgement, 26 February 2001, T. Ch., Case N°: IT-95-14/2-T, par. 447.

72. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Judgement, T. Ch., 16 November 1998, Case N° IT-96-21-T, par. 399. *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Jugement, 3 mars 2000, Ch. I, affaire N° : IT-95-14-T, par. 339.

73. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Judgement, T. Ch., 16 November 1998, Case N° IT-96-21-T, par. 400.

74. Ambos, Kai, "Superior responsibility", in *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Cassese, Antonio et al. (Eds.), Oxford University Press, 2002, Vol. I, p. 860.