



UNIVERSITE DE KINSHASA

**ANNALES DE LA
FACULTE DE DROIT
2023-2024**

**N°1, Vol. I
Kinshasa, Octobre 2024**

LA RESPONSABILITE PENALE DU SUPERIEUR HIERARCHIQUE EN DROIT INTERNATIONAL PENAL. L'APPORT DE LA JURISPRUDENCE PENALE INTERNATIONALE

■ Espoir MASAMANKI IZIRI

Professeur Associé à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa
Département de Droit pénal et Criminologie espoir.masamanki@unikln.ac.cd

Résumé

« Le principe général de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique a aujourd'hui pris enracinement en droit international pénal et est intégré dans plusieurs législations nationales. Cette forme de responsabilité pénale soulève plusieurs interrogations dans la mesure où elle n'a pas pour fondement les actes positifs que commet le supérieur hiérarchique. Elle donne généralement l'impression d'être une responsabilité pénale pour fait d'autrui. Pourtant, le droit pénal en général ne sanctionne pas que des actes positifs. Il sanctionne également les omissions coupables, d'autant plus que certaines personnes, compte tenu de la position qu'elles occupent, sont tenues de par la loi d'une obligation d'agir. C'est donc dans l'hypothèse du manquement à cette obligation que s'inscrit le principe de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique (civils, militaires et personnes assimilées) qui consacre une forme de responsabilité pénale individuelle particulière et non une responsabilité pénale du fait d'autrui.

Cette étude met en évidence la contribution de la jurisprudence pénale internationale dans le développement et la consolidation de cette forme de responsabilité pénale individuelle érigée en un principe en droit international pénal et reçue dans les ordres juridiques internes. Elle démontre par ailleurs que cette forme de responsabilité pénale ne peut être retenue à l'égard des auteurs du crime d'agression ».

Mots-clés : supérieur hiérarchique, obligation d'agir, défaut de contrôle, responsabilité pénale, droit international pénal, crime d'agression, jurisprudence pénale internationale, Cour pénale internationale, Tribunaux pénaux internationaux ad hoc.

ABSTRACT

"The general principle of the hierarchical superior's criminal liability has now taken root in international criminal law and has been incorporated into several national laws. This form of criminal liability raises a number of questions insofar as it is not based on the positive acts committed by the hierarchical superior. It generally gives the impression of being vicarious liability. However, criminal law in general does not only punish positive acts. It also punishes culpable omissions, especially as some people, given the position they occupy, are bound by law to act. It is therefore in the event of a breach of this obligation that the principle of the criminal liability of hierarchical superiors (civilians, military personnel and assimilated persons) comes into play,

establishing a specific form of individual criminal liability rather than criminal liability for the acts of others.

This study highlights the contribution of international criminal case law to the development and consolidation of this form of individual criminal responsibility, which has become a principle of international criminal law and has been accepted in domestic legal systems. It also shows that this form of criminal responsibility cannot be applied to the perpetrators of the crime of aggression¹⁷⁸.

Keywords : superior, duty to act, failure to exercise control, criminal responsibility, international criminal law, crime of aggression, international criminal case law, International Criminal Court, ad hoc international criminal tribunals.

INTRODUCTION

Le droit international pénal est une branche du droit international public¹⁷⁸ qui a pour objet d'analyser la façon dont l'ordre juridique international réagit face aux crimes comportant un élément d'internationalité¹⁷⁹. Cet élément n'est rien d'autre qu'« une violation grave d'une règle internationale (coutumière ou conventionnelle) qui pose une obligation entre Etats et qui tend à la protection des valeurs fondamentales de la communauté internationale »¹⁸⁰.

En effet, au confluent du droit international et du droit pénal, le droit international pénal « recouvre l'ensemble des normes de droit international public qui ont pour but la protection de l'ordre public international par la prohibition de certains comportements qui y portent atteinte, sous peine de sanction exécutoire, ainsi que la répression de ces comportements »¹⁸¹. Il traduit donc la pénalisation du droit international et s'explique par la nécessité de réagir à des crimes d'une ampleur et d'une gravité telles qu'ils ne peuvent menacer les fondements de l'ordre international, les crimes internationaux¹⁸² qualifiés des « crimes supranationaux »¹⁸³. A cet effet, le droit international pénal a connu un cheminement circulaire mais progressif qui a culminé avec l'adoption du Statut de Rome instituant la CPI en tant que juridiction

¹⁷⁸ E. DECAUX, *Droit international public*, 6ème éd, Paris, Dalloz, 2008, p. 250.

¹⁷⁹ H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, 1ère éd, Paris, Pedone, 2000, p. V.

¹⁸⁰ A. CASSESE, D. SCALIA et V. THALMANN, *Les grands arrêts de droit international pénal*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 127-128 ; S. SZUREK, « Historique. La formation du droit international pénal », H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, 2ème éd, Paris, Pedone, 2012, p. 26.

¹⁸¹ O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, p. 3.

¹⁸² NYABIRUNGU Mwene SONGA, *Droit international pénal. Crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, Kinshasa, D.E.S., 2013, p. 9.

¹⁸³ F. BELLIVIER, M. EUDES et I. FOUCHARD, *Droits des crimes internationaux*, Paris, PUF, 2018, p. 9.

complémentaire des juridictions nationales¹⁸⁴, après une forte accélération avec l'institution des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. La jurisprudence de ces juridictions a fait du droit international pénal une discipline à part entière.

Cependant, la répression des crimes internationaux, objet du droit international pénal, ne concerne pas seulement ceux qui, par leur comportement, posent des actes matériels en exécutant des plans bien établis ; ou encore, ceux qui ordonnent et facilitent la commission des tels crimes. Bien plus, elle concerne également les personnes qui sont hautement positionnées dans une hiérarchie¹⁸⁵ (organisation militaire, politique ou autre) pour avoir manqué à leur devoir de contrôle (*devoir d'agir*) sur leurs subordonnés. Car, il a été démontré que « ceux qui participent à la commission des crimes internationaux sont généralement plus nombreux que ceux s'y salissent les mains »¹⁸⁶. C'est ainsi que le droit international pénal prévoit la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique¹⁸⁷, en tant qu'une responsabilité pénale indépendante et à part entière¹⁸⁸.

184 Statut de Rome de la CPI, par. 10 du Préambule ; art. 1er, 17-20.

185 J.B. MBOKANI, « Responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques : entre originalité et ambiguïtés », J.-P. SEGIHOBE BIGIRA et I. MINGASHANG (dir.), J.-P. SEGIHOBE BIGIRA et I. MINGASHANG (dir.), *Le droit pénal entre douleur et enchantement dans le contexte contemporain. Liber amicorum Doyen Nyabirungu ntuene Songa*, Bruxelles, Bruylant, 2021, p.546 et ss.

186 M.-P. ROBERT, « La responsabilité du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international », *Les cahiers de droit*, vol. 49, n° 3, p. 413.

187 Tout au long de cette réflexion, nous parlerons du « supérieur hiérarchique » pour renvoyer aux chefs militaires et autres supérieurs civils (*tel que prévu à l'article 28 du Statut de Rome*) en position d'autorité (*de droit ou de fait*) capables de contrôler l'activité « criminelle » de leurs subordonnés (R. KOLB, *Droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 185). Car, cette expression a été interprétée dans son sens large et renvoie à tout individu, civil ou militaire qui exerce un contrôle effectif sur des subordonnés au moment des faits incriminés (TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Delalić et consorts*, IT-96-21-T, Jugement du 16 novembre 1998, par. 356-357 ; TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Jugement du 21 mai 1999, par. 213 et 214. C'est d'ailleurs ce qui ressort du Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 48ème session. Pour la Commission, « le terme *supérieur* est suffisamment large pour s'entendre des commandants militaires ainsi que des autorités civiles qui se trouvent dans une position de commandement analogue et exercent le même degré d'autorité à l'égard de leurs subordonnés » (Rapport de la CDI, *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, 1996, p. 26).

188 Précisons qu'il n'est pas exclu qu'un supérieur hiérarchique soit poursuivi pour avoir commis des actes positifs, c'est-à-dire lorsqu'il a participé personnellement à la commission des crimes. Il faut donc faire la différence entre la responsabilité du supérieur hiérarchique pour des actes positifs et celle basée sur l'omission coupable (Lire : *Le Procureur c. Delalić et consorts*, Jugement, précité, par. 333 ; CPI, Chambre de première instance III, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Jugement rendu à l'application de l'article 74 du Statut, 21 mars 2016, par.173 et 174 ; CPI, Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, Décision relative à la confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo, 12 juin 2014, par. 262 ; A.-L. VAURS CHAUMETTE, *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?* Paris, Pédone, 2009, p. 455 ; C.

Au regard de son fondement (I), qu'il importe de préciser, la jurisprudence pénale internationale a largement contribué à sa formation (II) en tant que principe en droit international pénal, intégré d'ailleurs dans les législations nationales bien que de manière différente (V). Elle a de ce fait clarifié sa nature juridique (III). Toutefois, cette forme de responsabilité pénale ne s'adapte pas au crime d'agression (IV).

I. LE FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE PENALE DU SUPERIEUR HIERARCHIQUE

La responsabilité pénale du supérieur hiérarchique est fondée sur l'omission de « l'obligation d'agir » dont les composantes¹⁸⁹ sont la prévention des crimes - empêcher la commission des crimes -, la répression - sanctionner les auteurs des crimes après leur commission- et même la saisine des autorités chargées d'enquête et des poursuites. Cette dernière composante est une particularité du Statut de Rome, car elle n'apparaît pas dans les Statuts des TPI¹⁹⁰.

Ces trois composantes, qui sont en réalité des obligations¹⁹¹, ne sont pas alternatives. Elles sont plutôt cumulatives, avec comme conséquence que le supérieur hiérarchique ne peut compenser son manquement à l'une des obligations en exécutant l'autre¹⁹². Par exemple, il ne peut, alors qu'il savait ou avait des raisons de savoir que ses subordonnés étaient sur le point de commettre les crimes et qu'il ne les en a pas empêchés, compenser ce manquement en les punissant après coup.

En effet, l'obligation d'empêcher opère lorsque le supérieur hiérarchique a connaissance de l'intention criminelle de ses subordonnés. Elle renvoie à l'obligation de prévenir au sens large, incluant non seulement la prévention de la commission d'un crime précis mais également celle du comportement criminel de ses subordonnés¹⁹³. Cette dernière obligation peut consister pour le

LAUCCI, « Article 28. Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques », J. FERNANDEZ, X. PACREAU et M. UBEDA-SAILLARD (dir.), *Le Statut de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, 2ème éd., Paris, Pedone, 2019, p. 1097). Cet article traite de la seconde responsabilité.

189 G.-D. KASONGO LUKOJI, « Responsabilité pénale du commandant : une responsabilité empêchée ou une responsabilité en péché ? », J.-P. SEGIHOBE BIGIRA et I. MINGASHANG (dir.), *op. cit.*, p. 627.

190 Statut du TPIY, art. 7.3 et Statut du TPIR, art. 6.3.

191 Lire : R. MAISON, *Justice pénale internationale*, Paris, PUF, 2017, p. 191.

192 TPIR, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, Jugement du 7 juin 2001, par. 49 et 50 ; CPI, Chambre préliminaire II, ICC-01/05-1/08, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba*, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, décision du 15 juin 2009, par. 435-436.

193 C. LAUCCI, *op. cit.*, p. 1108.

supérieur hiérarchique d'ordonner à ses subordonnés de ne pas se livrer à des actes contraires à la loi.

L'obligation de réprimer quant à elle renvoie au devoir de sanctionner. Elle est faite au supérieur hiérarchique après que ses subordonnés aient déjà commis les crimes. Elle peut consister en un châtiment que le supérieur hiérarchique peut infliger à ses subordonnés, au regard des pouvoirs qu'il détient. S'agissant de l'obligation de s'en référer aux autorités, tout comme la jurisprudence du TPIY, la jurisprudence de la CPI la considère comme une alternative de l'obligation de sanctionner ou de réprimer lorsque le supérieur hiérarchique ne dispose pas des moyens nécessaires pour assurer lui-même cette répression¹⁹⁴.

Précisons qu'une telle forme de responsabilité pénale n'est pas attachée à la qualité de la personne responsable. Bien au contraire, elle est liée au comportement « fautif » bien précis que cette qualité permet d'avoir¹⁹⁵ : « le défaut de contrôle ou omission à l'obligation d'agir ». C'est cette faute pénale qui est la condition essentielle en l'espèce¹⁹⁶. Cela confirme le fait que cette responsabilité pénale ne vise pas ceux qui, par leur comportement, ont posé des actes positifs en exécutant des plans bien établis pour commettre des crimes ou encore ceux qui ont ordonné ou facilité la commission des tels crimes. Ainsi, le but de cette forme de responsabilité serait double. D'un côté, il s'agit, « d'imposer une responsabilité aux supérieurs au vu de la dangerosité de leur passivité dans les situations de conflit armé ou de violence généralisée »¹⁹⁷. Et d'autre part, il s'agit, « de répondre à la tentative des supérieurs hiérarchiques de regarder sciemment ailleurs pour ne pas voir les crimes de leurs subordonnés »¹⁹⁸.

Précisons également que l'obligation d'agir, dont l'omission consiste dans le défaut de contrôle, doit être juridique et clairement indiquée¹⁹⁹. Si pour le supérieur hiérarchique militaire - chef militaire ou assimilé- cette obligation est conventionnelle²⁰⁰, elle relève par contre, pour les supérieurs hiérarchiques civils, du droit international coutumier²⁰¹.

194 *Ibid.*, p. 1110.

195 *Ibid.*, p. 1097.

196 J.-M. TASOKI MANZELE et E. MASAMANKI IZIRI, « La responsabilité pénale du chef militaire à travers l'affaire Jean-Pierre Bemba devant la Cour pénale internationale », *Caliers Africains des Droits de l'Homme et de la Démocratie*, vol. 054, n°1, 2017, p. 44.

197 R. KOLB, *op. cit.*, p. 185.

198 *Ibid.*

199 A. CASSESE, D. SCALIA et V. THALMANN, *op. cit.*, 2010, p. 26.

200 Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949, art. 87 [Devoirs des commandants].

201 TPIY, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Sefer Halilović*, IT-01-48-T, Jugement du 16 novembre 2005, par. 55 ; *Le Procureur c. Delalić et consorts*, Jugement du 16 novembre 1998, précité, par. 343 ; J. FERNANDEZ, *Droit international pénal*, 2ème éd., Paris, LGDJ, 2022, p. 229.

II. LA FORMATION DU PRINCIPE DE RESPONSABILITE PENALE DU SUPERIEUR HIERARCHIQUE

Le principe de responsabilité pénale du supérieur hiérarchique, en droit international pénal, a été forgé et développé par la jurisprudence qui lui a donné un réel contenu, de l’Affaire Yamashita devant la Cour suprême des Etats-Unis à l’Affaire Jean-Pierre Bemba (et même l’Affaire Laurent Gbagbo) devant la CPI, en passant par les Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, et surtout par les Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. Mais avant de présenter ces aspects jurisprudentiels qui participent à la formation de ce principe, précisons que la jurisprudence s’est largement inspirée d’une doctrine très ancienne, la doctrine « du supérieur hiérarchique »²⁰².

Le premier développement dans l’Affaire Yamashita aux Etats-Unis. — Le principe général de la responsabilité du supérieur hiérarchique (en l’espèce commandant) sur ses subordonnés apparaissent déjà en 1907 dans la Convention IV de la Haye²⁰³. Il apparaît surtout clairement dans le rapport préliminaire présenté à la conférence de paix à Versailles en 1919 – où il a été recouru la possibilité d’attribuer la responsabilité aux personnes en position d’autorité qui ont failli à leur devoir de prévenir les violations des lois ou coutumes de la guerre commises au cours de la première guerre mondiale²⁰⁴.

Cependant, l’on s’accorde à admettre que la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique s’est particulièrement développée après la seconde guerre mondiale dans l’affaire Yamashita, qui l’a enclenchée en premier²⁰⁵. En substance, le Général Japonais Tomoyuki Yamashita fut accusé d’avoir illégalement passé outre et manqué à ses devoirs de commandant de contenir les actes des soldats placés sous ses ordres, les autorisant à commettre des atrocités brutales et les autres crimes. Il fut poursuivi et condamné à mort par la Commission militaire américaine. Cette décision a été confirmée par la Cour Suprême des Etats-Unis.

202 M.-P. ROBERT, « L’évolution de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit international », *Revue du Barreau*, vol. 67, 2007-2008,.

203 Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, 18 octobre 1907, art. 3 ; art. 1er et 43 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à cette Convention IV.

204 N. ZARK, « La responsabilité du supérieur hiérarchique devant les tribunaux pénaux internationaux », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 73, n°1, 2002, pp. 60-61 ; M. MAUGERI, « La responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l’effet d’exonération de l’ordre du supérieur dans le Statut de la CPI », M. CHIAVARIO (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris, Dalloz, 2003, p. 295.

205 A. CASSESE, D. SCALIA et V. THALMANN, *op. cit.*, p. 341 ; J. FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 228.

C'est dans cette affaire que fut énoncé le principe selon lequel « les lois de la guerre imposaient à un commandant de corps d'armée le devoir de prendre les mesures appropriées qui étaient en son pouvoir, pour contrôler les soldats placés sous ses ordres, afin de les empêcher de commettre des violations desdites lois de la guerre »²⁰⁶. Voilà pourquoi il était reproché au général Yamashita d'avoir manqué à son devoir de contrôle sur ses subordonnés et de n'avoir pas pris les mesures appropriées qui étaient en son pouvoir pour contrôler ses troupes et prévenir les crimes commis. La seule difficulté dans cette affaire est qu'il n'y a pas de précision sur les normes de faute et de connaissance qui fondent cette responsabilité²⁰⁷.

Comme l'on peut bien s'en rendre compte, la Commission militaire des Etats-Unis, tout comme la Cour suprême, ont simplement insisté sur le devoir de commandant et sa violation, sans précision sur les conditions d'une telle responsabilité²⁰⁸. Toutefois, l'on déduit de ce jugement que la norme de la faute serait la *négligence* et que la Commission aurait introduit une présomption de connaissance des crimes par le supérieur hiérarchique²⁰⁹. Il est certes vrai qu'il ne s'agit pas d'une décision rendue par une juridiction pénale internationale, mais son apport en tant que « précurseur » ne pouvait pas ne pas être précisé dans le cadre de cette réflexion.

L'application dans la foulée à Nuremberg et Tokyo de cette forme de responsabilité.

— En réalité, les textes fondateurs des Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo ne contiennent pas des dispositions particulières et spécifiques sur la responsabilité du supérieur hiérarchique. Mais cette forme de responsabilité a été appliquée à certains accusés, civils et militaires, qui étaient poursuivis pour avoir omis d'empêcher et de sanctionner des actes commis par leurs subordonnés. C'est le cas notamment de l'accusé Wilhelm Frick (devant Nuremberg) qui a vu sa responsabilité pénale être retenue pour crimes contre l'humanité parce qu'en tant que ministre, il avait connaissance des euthanasies pratiquées sur les juifs et il n'a rien fait pour les empêcher²¹⁰. C'est donc à Nuremberg que cette forme de responsabilité pénale a été retenue pour la première fois dans le jugement d'un tribunal pénal international et a

206 Voir : Cour suprême des Etats Unis, *Styer c. Yamashita*, Arrêt du 4 février 1946, in United Nations War Crimes Commission U.N.W.C.C.) (Dir.), *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. IV, Londres, 1949.

206 *Ibid.*, p. 15.

207 M.-P. ROBERT, « l'évolution de la responsabilité... », *op.cit.*, p. 11.

208 *Ibid.*, p. 15.

209 A. CASSESE, D. SCALIA et V. THALMANN, *op. cit.*, p. 345.

210 *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg*, 14 novembre 1945-1er octobre 1947, p. 321.

été étendue aux dirigeants civils, tout en exigeant une connaissance des faits et non une présomption de connaissance²¹¹.

De même, le jugement majoritaire du Tribunal de Tokyo avait retenu, à l'égard de certains membres du gouvernement japonais, aussi bien des militaires que des civils, une responsabilité pénale basée sur l'omission et la négligence²¹² de veiller au bon traitement des prisonniers²¹³. En l'espèce, il leur était reproché d'avoir omis d'empêcher et de sanctionner les traitements inhumains auxquels avaient été soumis les prisonniers de guerre et l'extermination systématique des civils de la part des forces japonaises²¹⁴. Ce jugement avait donc mis à charge du gouvernement japonais une obligation de prévenir les mauvais traitements des prisonniers. Tel est le cas de Koki Hirota, ancien Ministre des affaires étrangères du Japon qui a été reconnu coupable de viol collectif, connu sous le nom du « viol de Nanking »²¹⁵ pour avoir imprudemment méconnu l'obligation juridique qui lui incombait, en vertu de ses fonctions, de garantir le respect des lois et coutumes de la guerre et d'en prévenir les violations.

Pour le Tribunal de Tokyo,

« Hirota a failli à son devoir pour n'avoir pas insisté auprès du Cabinet pour que les mesures soient prises pour mettre un terme aux atrocités à défaut de toute autre mesure en son pouvoir pour aboutir au même résultat. Il s'est contenté des assurances qui lui avaient été données et dont il savait qu'elles n'étaient pas suivies d'effet alors que des centaines d'assassinats, de viols de femmes et d'autres atrocités étaient commis quotidiennement. Son inaction équivalait à une négligence criminelle »²¹⁶.

Il en ressort que le jugement de Nuremberg a fait évoluer la norme de connaissance, qui n'est plus la présomption de connaissance comme dans l'affaire Yamasitha, mais la connaissance dans le chef du supérieur civil. Par

211 M.-P. ROBERT, *op. cit.*, p.16.

212 C'est pour la toute première fois que la négligence, comme norme de faute, est retenue à l'égard des supérieurs civils d'autant plus qu'avec le jugement de Nuremberg rien n'était précis sur cette norme de faute en dehors de la norme de la connaissance. C'est seulement dans l'affaire du « haut commandement » que cette norme de faute fut précisée, mais à l'égard des supérieurs militaires. Toutefois, la négligence comme norme de faute à l'égard des supérieurs militaires réapparaît avec le Statut de Rome.

213 A. CASSESE, D. SCALIA et V. THALMANN, *op. cit.*, p. 353.

214 M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 296.

215 NASSER ZARK, « Analyse spécifique du crime de génocide dans le Tribunal pénal international pour le Rwanda », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Vol. 2, 2001, p. 274.

216 Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, « Comptes rendus complets des procès de Tokyo », in J. PRICHARD et S. MAGBANUA ZAIDE (éd.) *The Tokyo War Crimes Trial*, vol. 20, New York/Londres, éd. Garland, 1981, p. 791.

contre, le jugement de Tokyo met en évidence la norme négligence comme norme de faute à l'égard des supérieurs civils. Soulignons qu'une telle norme fut précisée à Nuremberg dans l'affaire du « Haut commandement » mais uniquement à l'égard de des supérieurs militaires.

La consolidation du principe par les Tribunaux pénaux internationaux ad hoc (TPI)
 – Les Statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* – TPIY et TPIR²¹⁷ – sont les premiers textes des juridictions pénales internationales à codifier la responsabilité du supérieur hiérarchique²¹⁸, issue de la jurisprudence des Tribunaux militaires internationaux. La jurisprudence de ces deux juridictions a abondamment développé cette responsabilité²¹⁹, la considérant au finish comme une responsabilité pénale individuelle, fondée sur l'omission des obligations du supérieur hiérarchique. Elle a notamment précisé le contour de cette responsabilité en déterminant la norme de la faute, les normes de connaissance et les conditions d'admissibilité tels que l'existence d'un lien de subordination et d'un contrôle effectif, le fait que le supérieur savait ou avait des raisons de croire qu'un crime avait été commis ou était sur le point d'être commis et le fait que le supérieur ait omis de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir le crime ou en punir les auteurs²²⁰.

Cependant, de ces deux juridictions l'on reconnaît à la jurisprudence du TPIY d'avoir développé à fond ce principe par rapport à celle du TPIR. Il suffit pour s'en convaincre de voir le nombre d'affaires devant le TPIY dans lesquelles les accusés sont poursuivis sur base de ce mode de responsabilité et la manière dont les juges ont examiné la question. Il en est ainsi des affaires *Enver Hadžihasanović*, *Sefer Halilović*, et *Strugar* qui sont très significatives et emblématiques.

Dans la première affaire, les accusations étaient portées pour la toute première fois contre un commandant supérieur uniquement en vertu de l'article 7.3 du Statut pour avoir omis de prévenir que des violations du droit international humanitaire ne soient commises par ses subordonnés ou de punir ces derniers, alors qu'il savait ou avait des raisons de savoir qu'ils avaient commis de telles violations²²¹.

217 Statut du TPIY, art. 7.3 ; Statut du TPIR, art. 6.3.

218 Précisons que les Statuts des TPI *ad hoc* se sont quant à eux inspirés du protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 qui prévoyait déjà cette responsabilité (art. 86 et 87).

219 Lire : S. BOURGON, « La doctrine de la responsabilité du commandement et la notion de lien de subordination devant le TPIY », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2007, pp. 96-102.

220 TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et Anir Kubura*, IT-01-47-T, Jugement du 15 mars 2006.

221 *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et Anir Kubura*, IT-01-47-T, Jugement du 15 mars 2006, précité.

Il en est de même pour la deuxième affaire, avec comme particularité que c'est dans cette affaire que le TPIY s'est prononcé pour la toute première fois, bien qu'en acquittant l'accusé. Elle a toutefois le mérite d'avoir permis au TPIY de clarifier sa conception sur la nature juridique de la responsabilité du supérieur hiérarchique que nous examinons au point suivant. Et la troisième affaire est la toute première affaire dans laquelle un accusé fut reconnu coupable uniquement en sa capacité de commandant conformément à l'article 7.3 du Statut²²². A cet effet, la chambre était convaincue qu'en

[...] sa qualité de commandant du 2^{ème} GO, l'Accusé exerçait un contrôle effectif sur les auteurs de l'attaque illégale du 6 décembre 1991 contre la vieille ville de Dubrovnik. Il avait le pouvoir *de jure* et la capacité matérielle, d'une part, de donner des ordres au 3^{ème} bataillon de la 472^{ème} brigade motorisée et à toutes les autres troupes de la JNA ayant participé à l'attaque contre Srđ et au bombardement de Dubrovnik [...]. De plus, la Chambre est convaincue qu'après l'attaque du 6 décembre 1991, l'Accusé avait le pouvoir *de jure* et la capacité matérielle d'ouvrir une véritable enquête et de prendre des mesures administratives et disciplinaires contre les officiers responsables du bombardement de la vieille ville²²³.

Nous ne pouvons pas non plus manquer de mettre en évidence l'affaire *Delalić et consorts* qui était la première à examiner ce principe.

Les précisions apportées par la Cour pénale internationale (CPI). — Le Statut de Rome constitue une avancée historique et radicale dans la codification des règles qui forment le droit international pénal²²⁴. A cet effet, il consacre en son article 28 le principe de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique, en faisant clairement une distinction entre la responsabilité pénale des chefs militaires et celle des autres supérieurs hiérarchiques pour faire allusion aux civils. Cet article a comme chapeau : « Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques ». C'est la particularité du Statut de Rome par rapport aux textes antérieurs²²⁵, qui fait d'ailleurs une nette distinction entre ces deux catégories de supérieurs hiérarchiques tant en ce qui concerne la norme de la faute qu'en ce qui concerne la norme de connaissance.

En effet, si pour le chef militaire, la norme de la faute exigée est la *négligence*²²⁶, pour le supérieur civil c'est l'*aveuglement volontaire* car, il lui est reproché d'avoir délibérément négligé de tenir compte d'informations qui

222 TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Pavle Strugar*, IT-01-42-T, Jugement du 31 janvier 2005, par. 478.

223 *Ibid.*, par. 417.

224 J.-F. DOBELLE, « La Convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale », *Annuaire français de droit international*, vol. 44, 1998, p. 356.

225 Soulignons toutefois que la jurisprudence des TPI avait simplement reconnu que cette responsabilité pénale n'est pas seulement restreinte aux commandants militaires. Elle s'étend aussi aux supérieurs civils (Voir : *supra*, note 10).

226 Statut de Rome de la CPI, art. 28-a-i.

l'indiquaient clairement²²⁷. S'agissant des normes de connaissance, le Statut de Rome en retient deux pour les militaires (« savait » et « aurait dû savoir »)²²⁸ et une seule pour les civils (« savait »)²²⁹.

Interprétant cette disposition, la Chambre préliminaire II, dans l'affaire Jean-Pierre Bemba, avait estimé que si la norme « savait » renvoie à la connaissance effective, la norme « aurait dû savoir » renvoie à une forme de négligence²³⁰ et exige de ce fait que le supérieur ait simplement négligé de se renseigner sur le comportement illégal de ses subordonnés²³¹.

Précisons que la norme « savait », qui est la norme commune pour les supérieurs militaires et civils, ne peut se présumer. Elle doit être prouvée au moyen des preuves directes ou indirectes²³². Parmi ces preuves, la Chambre de première instance cite notamment tout ordre de commettre des crimes ou le fait que l'accusé était personnellement informé que ses troupes étaient impliquées dans des activités criminelles²³³. En ce qui concerne la connaissance tirée de la norme « aurait dû savoir », qui concerne uniquement le supérieur militaire, la Chambre préliminaire estime qu'elle « exige que le supérieur hiérarchique ait pris l'initiative de mettre en place les mesures nécessaires pour s'informer sur le comportement de ses troupes et de se renseigner, indépendamment de la disponibilité ou non d'informations à ce moment-là, sur la commission du crime »²³⁴.

Comme l'on peut bien s'en rendre compte, le Statut de Rome se montre beaucoup plus sévère à l'égard des Chefs militaires ou assimilés que des supérieurs civils, en prévoyant la norme « aurait dû savoir ». De ce point de vue, il n'est pas facile pour un commandant militaire de se dédouaner de sa responsabilité de commandant, sauf peut-être s'il est démontré qu'il avait pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou punir les crimes commis par ses forces. Par contre, le supérieur civil peut bien se dédouaner de sa responsabilité pénale s'il est démontré que les crimes ne sont pas liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectif²³⁵. L'article 28 du Statut de Rome ajoute donc un critère qui est en rupture avec la jurisprudence des TPI²³⁶ qui a assimilé le degré de contrôle

²²⁷ *Ibid.*, art. 28-b-i.

²²⁸ *Ibid.*, art. 28-a-i.

²²⁹ *Ibid.*, art. 28-b-i.

²³⁰ *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision du 15 juin 2009, *précité*, par. 429.

²³¹ *Ibid.*, par. 432.

²³² *Ibid.*, par. 430 ; *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Jugement du 21 mars 2016, *précité*, par. 191.

²³³ *Ibid.*, par. 193.

²³⁴ *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision du 15 juin 2009, *précité*, par. 433.

²³⁵ Statut de Rome de la CPI, art. 28-b-ii.

²³⁶ C. LAUCCI, *op. cit.*, p. 1107.

exercé par le supérieur civil à celui exercé par le supérieur militaire²³⁷. Il s'agit pour Cyril Laucci d'une « conception plus réaliste, selon laquelle un supérieur civil ne saurait exercer le même type de contrôle sur ses subordonnés que le supérieur militaire »²³⁸.

Ainsi, la jurisprudence de la CPI, précisément dans l'affaire Jean-Pierre Bemba, a permis d'éclairer les contours de ce principe qui consacre une forme de responsabilité pénale particulière. Tout en mettant à contribution les acquis des TPI (notamment la négligence comme norme de faute dans le chef des commandants militaires), la CPI dans cette affaire revient avec force détail sur les conditions d'admission de ce mode de responsabilité pénale. Elle a de ce fait dégagé cinq conditions²³⁹ :

- l'accusé doit être un chef militaire (ou une personne faisant effectivement fonction) ou un supérieur civil ;
- l'accusé doit exercer (au moment des faits) sur les forces ou les subordonnés qui ont commis les crimes un commandement et un contrôle effectifs, ou une autorité et un contrôle effectifs ;
- l'accusé doit savoir ou aurait dû savoir que ses forces ou subordonnés commettaient ou allaient commettre les crimes ;
- l'accusé doit omettre de prendre toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou réprimer l'exécution de ces crimes ;
- les crimes commis par les forces ou les subordonnés doivent résulter du fait que le suspect n'a pas exercé sur ceux-ci le contrôle qui convenait.

Deux précisions méritent d'être apportées à ce sujet. La première se rapporte au contrôle effectif, en tant que condition essentielle de cette responsabilité. A ce sujet, la Cour a jugé que

[...] au vu de l'article 28-a du Statut, chacune des expressions « commandement et contrôle effectifs » et « autorité et contrôle effectifs » peut s'appliquer tant aux chefs militaires au sens strict qu'aux personnes assimilables à des chefs militaires. À cet égard, elle estime que les mots supplémentaires « commandement » et « autorité » qui distinguent les deux expressions l'une de l'autre n'ont, sur le fond, pas d'effet sur le degré de « contrôle » requis par la norme » [...] »²⁴⁰.

237 Voir : *Le Procureur c. Delalić et consorts*, Jugement du 16 novembre 1998, précité, par. 378 ; TPIR, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, ICTR-95-1A-A, Motifs de l'arrêt du 3 juillet 2002.

238 C. LAUCCI, *op. cit.*, p. 1107.

239 *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision du 15 juin 2009, précité, par. 407 ; *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Jugement du 21 mars 2016, précité, par. 170. Dans la décision du 21 mars 2016, la chambre de première instance ajoute une condition : « des crimes relevant de la compétence de la Cour doivent avoir été commis par des forces ».

240 *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision du 15 juin 2009, précité, par. 412 ; *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Jugement du 21 mars 2016, précité, par. 181.

[...] le « contrôle effectif » est généralement la manifestation d'un lien de subordination entre le suspect et les forces ou subordonnés dans le cadre d'une hiérarchie de droit ou de fait (chaîne de

commandement [...]) Le concept de « contrôle effectif » s'entend principalement de « la capacité

matérielle [ou du pouvoir] d'empêcher ou de punir un comportement criminel » aussi le fait de ne pas exercer pareilles capacités de contrôle donne-t-il en soi naissance à la responsabilité pénale [...] »²⁴¹

La deuxième précision se rapporte à l'élément de connaissance. En effet, la connaissance exigée pour le supérieur hiérarchique est différente de celle prévue à l'article 30-3 du Statut de Rome. Cet article s'adapte mieux aux crimes commis sur base des modes de responsabilité pénale prévus à l'article 25 du même texte, puisque l'auteur participe aux crimes. Ce qui n'est pas le cas du supérieur hiérarchique. La chambre préliminaire s'est prononcée à cet effet dans l'affaire Jean-Pierre Bemba en ces termes :

« [...] Il existe une distinction entre la connaissance requise par l'article 30-3 et celle prévue par l'article 28-a du Statut. En effet, l'élément de connaissance requis par l'article 30 du Statut est uniquement applicable aux formes de participation prévues par l'article 25 du Statut. L'article 30 du Statut exige que la personne ait conscience des conséquences de ses actes, qu'elle soit l'auteur principal ou le complice, ce qui ne saurait être le cas dans le cadre de l'article 28, où la personne ne participe pas à la commission du crime (c'est-à-dire que le crime ne résulte pas directement de ses propres actes) »²⁴².

Revenant spécifiquement sur l'affaire Jean-Pierre Bemba à la CPI, soulignons qu'il s'agit de la première affaire dans laquelle l'accusé est poursuivi sur base de l'article 28 du Statut de Rome. Jean-Pierre a été poursuivi, en tant que chef militaire faisant fonction, pour avoir manqué à son devoir de contrôle sur ses troupes qui, ayant été mises à la disposition de son allié le Président Ange-Félix Patassé en République centrafricaine (RCA), ont commis plusieurs crimes. La chambre préliminaire III a confirmé la responsabilité pénale de Jean-Pierre Bemba pour crimes contre l'humanité (par viol et meurtre) et crimes de guerre (par viol, meurtre et pillage d'une ville ou localité)²⁴³. La Chambre de première instance III l'a déclaré coupable de ces crimes en tant que personne faisant effectivement fonction de chef militaire²⁴⁴ et exerçant une autorité et un contrôle effectifs sur les troupes du MLC (Mouvement de Libération du Congo) qui ont commis les crimes en RCA. En tant que commandant en chef de la branche militaire du MLC (Alliance de libération du Congo - ALC), ayant le grade de général de division, la Chambre

241 *Ibid.*, Décision du 15 juin 2009, par. 415 et 416 ; Décision du 21 mars 2016, par. 183.

242 *Ibid.*, Décision du 15 juin 2009, par. 479.

243 *Ibid.*, Dispositif, point d.

244 *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Jugement du 21 mars 2016, *op. cit.*, par. 742 et 752.

a fondé son intime conviction sur « le pouvoir de nomination et de révocation qu'avait Bemba, sa mainmise sur le financement de son mouvement et son système de communication qui lui a permis, non seulement d'être régulièrement mis au courant de l'évolution de ses troupes sur le terrain, mais aussi d'être à même de prendre des mesures opérationnelles »²⁴⁵. Elle souligne que Jean-Pierre Bemba a continué à représenter son mouvement sur le plan des relations extérieures, non seulement en engageant des discussions avec le général Cissé, représentant de l'ONU en RCA, mais aussi en répondant personnellement aux médias et autres rapports d'associations faisant état des crimes commis par les éléments de l'ALC en RCA²⁴⁶.

En raison d'importants moyens de communication qui lui permettaient d'être en contact avec ses commandants opérationnels en RCA²⁴⁷, la Chambre de Première instance III a estimé que Jean-Pierre Bemba savait que ses troupes commettaient des crimes ou étaient sur le point de les commettre²⁴⁸. Pour la Chambre, ces informations lui parvenaient de ses services de renseignement civils et militaires²⁴⁹ ainsi que de la forte médiatisation des crimes supposément commis par ses troupes en RCA²⁵⁰.

En outre, examinant la condition relative à l'obligation d'empêcher, de réprimer ou de se référer aux autorités compétentes, la Chambre a considéré que les quelques mesures prises par Jean-Pierre Bemba (notamment la constitution des commissions d'enquête, la traduction des soldats suspects devant une cour martiale, ainsi qu'une correspondance adressée au général Cissé pour demander le soutien des Nations Unies aux enquêtes sur les crimes allégués)²⁵¹ étaient insuffisantes et donc ni nécessaires, encore moins raisonnables pour empêcher ou réprimer les crimes allégués ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins des enquêtes et de poursuites. Pour elle, ces mesures prises par l'accusé visaient plus à redorer le blason terni du MLC qu'à réprimer ou faire réprimer les crimes allégués²⁵². C'est ainsi d'ailleurs qu'elle a dressé la liste indicative des mesures nécessaires et raisonnables que Jean-Pierre Bemba aurait dû prendre. En substance, elle avait estimé que

« En sus ou à la place des mesures insuffisantes qu'il a prises, et étant donné qu'il était matériellement en son pouvoir d'empêcher et de réprimer l'exécution des crimes, Jean-Pierre Bemba aurait pu notamment i) veiller à ce que les troupes du MLC présentes en RCA soient dûment familiarisées avec les règles du droit international humanitaire et suffisamment supervisées durant

I *Ibid.*, par. 697 et suivants.

246 *Ibid.*, par. 702.

247 *Ibid.*, par. 707.

248 *Ibid.*, par. 717.

249 *Ibid.*, par. 708.

250 *Ibid.*, par. 711.

251 *Ibid.*, par. 719.

252 *Ibid.*, par. 728.

l'Opération de 2002-2003 en RCA ; ii) engager des enquêtes véritables et complètes sur la commission de crimes, et juger et punir comme il se doit tout soldat accusé de tels crimes ; iii) donner des ordres clairs et plus nombreux aux commandants des troupes présentes en RCA afin d'empêcher la commission de crimes ; iv) modifier les modalités de déploiement des troupes, par exemple, pour limiter le contact avec les populations civiles ; v) retirer, remplacer ou démettre les officiers et les soldats convaincus d'avoir commis ou toléré des crimes en RCA ; et/ou vi) partager les informations pertinentes avec les autorités centrafricaines ou avec d'autres et apporter son soutien aux efforts faits par celles-ci pour enquêter sur les crimes allégués »²⁵³.

Sur base de cette déclaration de culpabilité, Jean-Pierre Bemba a été condamné à dix-huit ans d'emprisonnement²⁵⁴. Il est donc le premier accusé à être condamné par la CPI sur base de ce mode de responsabilité pénale, comme ce fut le cas avec le lieutenant-général *Pavle Strugar* qui était le premier à être reconnu coupable uniquement en sa capacité de commandant devant le TPIY²⁵⁵. Cependant, à la suite d'un appel interjeté par l'accusé notamment contre la décision sur sa culpabilité, la Chambre d'appel a réformé l'œuvre du juge de la Chambre de première instance et a considéré que Jean-Pierre Bemba ne pouvait pas être déclaré coupable sur base de l'article 28 du Statut de Rome pour les crimes commis par les troupes du MLC pendant l'opération en RCA²⁵⁶. La Chambre d'appel s'est fondée notamment sur le troisième moyen d'appel de l'accusé par lequel il conteste les conclusions de la Chambre de première instance ayant considéré que toutes les mesures qu'il avait prises n'étaient ni nécessaires encore moins raisonnables. Statuant à la majorité des membres, deux juges étant en désaccord, la Chambre a estimé :

- que les juges de la Chambre de première instance n'avaient pas tenu correctement compte des restrictions auxquelles Jean-Pierre Bemba devait faire face, en tant que chef militaire éloigné des troupes qui étaient à l'étranger, pour enquêter sur les crimes et en poursuivre les auteurs²⁵⁷ ;
- qu'ils avaient conclu que Jean-Pierre Bemba n'avait pas référé aux autorités centrafricaines les allégations des crimes commis par ses

²⁵³ *Ibid.*, par. 729.

²⁵⁴ Voir : CPI, Chambre de première instance III, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Décision relative à la peine rendue en application de l'article 76 du Statut, 21 juin 2016.

²⁵⁵ *Le Procureur c. Pavle Strugar*, Jugement, précité, par. 478.

²⁵⁶ Voir : CPI, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre le jugement rendu en application de l'article 74 du Statut par la Chambre de première instance III, 8 juin 2018, par. 197.

²⁵⁷ *Ibid.*, par. 171.

soldats, au moment où il n'a pas été contesté que l'accusé avait adressé une lettre à ces autorités pour ouvrir les enquêtes²⁵⁸.

- que la Chambre de première instance avait négligé le fait que tout au long des opérations, le MLC s'appuyait sur la coopération des autorités centrafricaines²⁵⁹.

Toutes ces raisons, et bien d'autres encore²⁶⁰, ont conduit la Chambre d'appel à acquitter Jean-Pierre Bemba. L'arrêt de la Chambre d'appel insiste donc sur le fait que les mesures que doit prendre le supérieur hiérarchique, en l'espèce le chef militaire faisant fonction, dépendent non seulement de sa capacité matérielle mais aussi des circonstances. En plus, le supérieur hiérarchique n'est pas tenu de prendre toutes les mesures à sa disposition. En substance, la Chambre conclut que

« La portée de l'obligation de prendre « toutes les mesures nécessaires et raisonnables » est intrinsèquement liée à l'étendue de la capacité matérielle d'un chef militaire d'empêcher ou de réprimer l'exécution de crimes ou d'en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites. En effet, on ne saurait reprocher à un chef militaire de n'avoir pas fait quelque chose qu'il n'avait pas le pouvoir de faire²⁶¹. Il s'ensuit que, pour déterminer si un chef militaire a pris toutes « les mesures nécessaires et raisonnables », il faut se demander quelles mesures il avait à sa disposition dans les circonstances qui régnaient à l'époque. Cette démarche est conforme à la jurisprudence internationale. Pour répondre à cette question, il faut déterminer de quels crimes le chef militaire avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance, et à quel moment²⁶². Pour autant, un chef militaire n'est pas tenu de prendre chacune des mesures possibles qui sont à sa disposition. Malgré le lien entre sa capacité matérielle de prendre des mesures (qui est directement liée à son niveau d'autorité) et ce qu'on aurait raisonnablement pu attendre de lui, un chef militaire n'est pas tenu d'employer toute mesure imaginable parmi l'arsenal de mesures dont il dispose, indépendamment de toute considération de proportionnalité et de faisabilité. L'article 28 exige uniquement des chefs militaires qu'ils fassent ce qui est nécessaire et raisonnable dans les circonstances »²⁶³.

Il ressort de ce qui précède que la décision du 21 mars 2016 sur la culpabilité de Jean-Pierre Bemba, bien qu'elle ait été réformée, aura le mérite d'être la toute première rendue par la CPI sur base de la responsabilité du supérieur hiérarchique. De ce point de vue, elle fera date dans les annales de cette Cour, autant que l'arrêt d'acquiescement. On retiendra particulièrement que le motif

258 *Ibid.*, par. 175.

259 *Ibid.*, par. 172 et 173.

260 *Ibid.*, par. 176 et 194.

261 *Ibid.*, par. 167.

262 *Ibid.*, par. 168.

263 *Ibid.*, par. 169.

selon lequel il n'est pas nécessaire qu'un chef militaire ou une personne faisant fonction exerce exclusivement des fonctions militaires²⁶⁴ semble sonner comme un avertissement contre des chefs d'État dont les armées sont engagées sur des opérations militaires aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de leurs pays respectifs. Ce motif revêt une importance capitale lorsqu'on sait que l'ignorance du droit international humanitaire par les soldats, sur laquelle la Chambre insiste particulièrement, est loin d'être l'apanage des mouvements rebelles. On retiendra aussi, et ce, de manière générale, qu'elle développe à fond les conditions pour mettre en œuvre cette forme de responsabilité pénale.

Cependant, l'importance de cette décision peut être relativisée, d'abord du fait qu'en définitive, il n'a fait que confirmer, sans innovations majeures par ailleurs, les principales conclusions retenues par la chambre préliminaire II dans sa décision du 15 juin 2009 sur la confirmation des charges²⁶⁵. Ensuite, parce que l'arrêt du 8 juin 2018 de la Chambre d'appel démontre que certaines conclusions de cette décision sont entachées d'erreurs sur le cas Jean-Pierre Bemba et a décidé de la réformer. Enfin, parce qu'avec cet arrêt, certaines hésitations et balbutiements constatés pendant la procédure (notamment les modes de responsabilité retenus au départ)²⁶⁶, de nature à semer le doute sur l'impartialité de la Cour, sur lesquels s'est pourtant fondée la décision du 21 mars 2016, risquent de valider la thèse d'une condamnation politique et décrédibiliser la Cour. L'acquittement de Jean-Pierre Bemba est donc « essentiellement le fruit des manquements procéduraux du Bureau du Procureur dans la définition des charges confirmées par la Chambre préliminaire »²⁶⁷. Ainsi, l'arrêt du 8 juin 2018 « contribue de façon substantielle à la clarification et au renforcement de la notion comme mode autonome de responsabilité, en particulier par le lien opéré avec la mise en danger comme fondement essentiel de la responsabilité, la priorité donnée aux mesures de prévention et l'exclusion de l'excuse de nécessité militaire »²⁶⁸.

Quant à l'affaire Laurent Gbagbo, elle n'a pas fait des développements importants sur cette forme de responsabilité pénale qui, par ailleurs, n'a pas été retenue par la Chambre préliminaire I de la CPI lors de la confirmation des charges. L'accusé a été renvoyé devant la Chambre de première instance pour

264 *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Jugement du 21 mars 2016, *précité*, par. 177.

265 Lire : G. MABANGA, « Affaire Bemba : La CPI fixe les critères d'appréciation de la responsabilité pénale du chef militaire et du supérieur hiérarchique », *Revue des droits de l'homme* (en ligne), *Actualités Droits-Libertés* (mis en ligne le 25 mars 2016) disponible sur <http://revdh.revues.org/2072> (consulté le 1er septembre 2023).

266 Lire : J.-M. TASOKI MANZELE et E. MASAMANKI IZIRI, *op. cit.*, pp. 35 et 46.

267 C. LAUCCI, *op. cit.*, p. 1118.

268 *Ibid.*

être jugé des faits mis à sa charge uniquement sur fond de l'article 25.3-a, b et d du Statut de Rome²⁶⁹. En effet, la Chambre a estimé qu'elle

« ne peut exclure la possibilité qu'au procès, les débats relatifs aux éléments de preuve conduisent à une autre qualification juridique des faits, une fois appliquée la procédure appropriée. Cependant, compte tenu de ce qu'[elle] sait à ce stade de la procédure, elle n'est pas convaincue que le récit des faits tel qu'il ressort des éléments de preuve indique que la responsabilité pénale de Laurent Gbagbo ne serait engagée qu'à raison de son omission d'empêcher ou de réprimer les crimes commis par d'autres, telle que visée à l'article 28 du Statut »²⁷⁰.

Elle a pris bonne note

« des éléments de preuve disponibles qui indiquent que Laurent Gbagbo n'a pas empêché les violences ni pris des mesures adéquates pour enquêter et punir les auteurs des crimes, mais considère que dans son ensemble, le dossier des preuves démontre que cette omission était une composante inhérente au projet délibéré de conserver le pouvoir à tout prix, y compris en commettant des crimes »²⁷¹.

Ainsi donc, « examiner la responsabilité de Laurent Gbagbo au sens de l'article 28 du Statut exigerait de la Chambre qu'elle s'écarte considérablement de ce qu'elle a compris du déroulement des événements en Côte d'Ivoire pendant la crise postélectorale et du rôle joué par Laurent Gbagbo dans ces événements. Par conséquent, la Chambre refuse de confirmer les charges portées à l'encontre Laurent Gbagbo sur le fondement de l'article 28 du Statut »²⁷².

III. LA NATURE JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITE PENALE DU SUPERIEUR HIERARCHIQUE

Précisons d'emblée qu'il est clair que, dans la mesure où le fondement de cette forme de responsabilité est l'omission coupable du supérieur hiérarchique, le supérieur hiérarchique engage sa propre responsabilité pénale et non une responsabilité pour autrui. Face à une telle évidence, serait-il encore nécessaire de revenir sur la question de sa nature juridique ? Il nous semble que oui. Parce qu'au-delà de la réponse qu'il faille donner à la question, il est très intéressant de relever le débat jurisprudentiel sur cette question qui a fait l'objet des controverses. Ceci dans le but de souligner le rôle joué par la jurisprudence dans la construction de ce principe.

²⁶⁹ Il a été acquitté, avec Charles Blé GOUDE, par la Chambre préliminaire I le 15 janvier 2019 (ICC-02/11-01/15 du 16 janvier 2019), cette décision a été confirmée par la Chambre d'Appel le 31 mars 2021 (ICC-02/11-01/15 A du 31 mars 2021).

²⁷⁰ *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, Décision du 12 juin 2014, *précité*, par. 263.

²⁷¹ *Ibid.*, par. 264.

²⁷² *Ibid.*, par. 265.

En effet, dans le développement du principe de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique, sa nature juridique a été l'une des questions les plus préoccupantes et surtout controversées. Elle a largement été discutée par la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* au point qu'il y a eu un moment des positions contradictoires. La CPI s'en est mêlée avec l'affaire Jean-Pierre Bemba et a pris position. La question de sa nature juridique se pose en l'absence d'une participation personnelle du supérieur hiérarchique à la commission des crimes pour lesquels il est appelé à engager sa responsabilité pénale. Ce qui laisse apparaître l'idée d'une responsabilité pénale pour fait d'autrui, alors même que la faute est précisée : « le défaut de contrôle ».

Comme l'affirme Jean Salvaire, « le seul nom de responsabilité pénale du fait d'autrui suffit à éveiller un malaise [...] »²⁷³, car le droit international ne prévoit pas une telle forme de responsabilité pénale²⁷⁴. D'ailleurs, depuis Nuremberg c'est le principe de la responsabilité pénale individuelle qui a été consacré²⁷⁵. Ainsi, nous allons nous référer à la jurisprudence pénale internationale, en présentant la manière dont elle a évolué sur la question de la nature de cette responsabilité pénale, de Nuremberg à la Haye, en revenant sur le jugement Yamashita.

La tendance dominante des Tribunaux militaires internationaux, et même du jugement Yamashita, était de considérer qu'il s'agit d'une responsabilité pour fait d'autrui, car le supérieur répond des crimes commis par ses subordonnés. Le jugement Yamashita²⁷⁶ par exemple, le procès devant le tribunal de Tokyo²⁷⁷ et le jugement des grands criminels (notamment l'accusé Frick) illustrent bien ce point de vue. L'on peut toutefois comprendre le fait que tous ces tribunaux militaires arrivent à cette conclusion dans la mesure où le contour du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique n'a pas été précisé. Ils se sont préoccupés juste de motiver leurs décisions de condamnation. Surtout, s'agissant de l'affaire Yamashita, il s'est posé un problème de preuve sur la connaissance que l'accusé avait des faits qu'on reprochait à ses subordonnés et sur sa capacité à exercer un contrôle sur ses troupes au moment des crimes²⁷⁸. Mais ce n'est pas pourtant excusable, surtout

273 J. SALVAIRE, « Réflexion sur la responsabilité pénale du fait d'autrui », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1964, n° 2, p. 307.

274 Lire : F. MEGRET, « Les anges morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 71, n°2, 2013, pp. 83-136.

275 Voir : A. CASSESE, *Confirmation des principes de droit international reconnus par le Statut de Nuremberg*, 2009 ; Rés 95(I) de l'AG de ONU, 11 décembre 1946.

276 Voir : Commission militaire américaine, *Affaire Yamashita*, Jugement, du 7 décembre 1945, dans *International Law Review*, n°255, pp.3-257 ; Cour suprême des Etats-Unis, *Affaire Yamashita*, Arrêt du 4 février 1946, dans *United States Supreme Court Reports* (1946), dont l'extrait est repris par A. CASSESE, D. SCALIA et V. THALMANN, *op. cit.*, pp. 342 à 344.

277 TIMEO, *Araki et consorts* (12 novembre 1948) et opinion dissidente du juge Roling dans A. CASSESE, D. SCALIA et V. THALMANN, *op. cit.*, pp 348-353.

278 *Ibid.*, p 344.

après les démonstrations faites dans l'affaire dite du « haut commandement » à Nuremberg où notamment la *négligence criminelle* a été retenue comme norme de la faute et fondement de cette forme de responsabilité pénale.

Les Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* quant à eux ont, après plusieurs balbutiements, contradictions et revirements, réussi dans leurs débuts à se débarrasser de ce point de vue, pour finalement considérer que la responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas une responsabilité pénale pour fait d'autrui.

En effet, en 1998, dans l'affaire le *Procureur c. Delalić et consorts*, la Chambre de première instance du TPIY avait adopté la thèse de la responsabilité pour fait d'autrui considérant que :

« [...] La doctrine de la responsabilité du commandant s'articule et se fonde clairement sur la relation entre le supérieur et le subordonné et sur la responsabilité du commandant pour les actes commis par des membres de ses troupes. C'est une sorte de responsabilité pour le fait d'autrui qui régit et assure la discipline militaire. C'est pourquoi une unité subordonnée d'un supérieur hiérarchique ou d'un commandant est une condition sine qua non de la responsabilité du supérieur hiérarchique [...] »²⁷⁹.

Pourtant, dans le même jugement, la Chambre démontre à suffisance que la responsabilité du supérieur hiérarchique a comme fondement l'omission de son devoir de contrôle sur ses subordonnés²⁸⁰. Malheureusement, la conclusion qu'elle tire sur la question de sa nature juridique ne reflète en rien cette démonstration. C'est pourquoi en 2001 la Chambre d'appel affirmait que

« [...] La responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas une forme de responsabilité sans faute. Un supérieur ne peut être tenu responsable des actes de subordonnés que s'il est démontré qu'il « savait ou avait des raisons de savoir ». [Dès lors, l'on ne pourrait assimiler] la responsabilité du supérieur hiérarchique à une responsabilité du fait d'autrui, du moins si celle-ci suggère une forme de responsabilité sans faute »²⁸¹.

Une telle affirmation a comme conséquence que la responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas une responsabilité pénale du fait d'autrui, comme affirmé par la Chambre de première instance, puisqu'elle est fondée sur la faute : omission du devoir d'agir.

C'est la même position qui était soutenue par les juges de la Chambre de première instance I dans l'affaire Bagilishema devant le TPIR lorsqu'ils considèrent que la responsabilité du supérieur hiérarchique est une responsabilité pour omission, à la suite d'une négligence criminelle. En effet, la Chambre de première instance conclut que

279 *Le Procureur c. Delalić et consorts*, Jugement du 16 novembre 1998, *précité*, par. 647.

280 *Ibid.*, par. 333.

281 TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Delalić et consorts*, Arrêt du 20 février 2001, au par. 239.

« [...] il s'agit d'une espèce de responsabilité par omission, l'omission prenant ici la forme d'un manquement criminel à un devoir d'ordre public. La responsabilité de l'accusé à raison d'une négligence criminelle pourra être engagée en l'espèce dès lors que le Procureur sera en mesure de rapporter la preuve [qu'il] s'est montré négligent dans sa gestion d'un ou de plusieurs barrages routiers fonctionnant sous son contrôle, et que la négligence en question a entraîné la mise à mort de civils tutsis par des personnes tenant le barrage. [Une] telle responsabilité [existe] si le procureur [démontre] que l'Accusé s'est rendu coupable d'un manquement grave à l'obligation à lui faite d'administrer un ou plusieurs barrages routiers placés sous son contrôle, négligence qui a entraîné la mise à mort de civils tutsis par des gens tenant lesdits barrages [...] »²⁸².

Cependant, l'analyse faite par la Chambre de première ne fut pas partagée par la Chambre d'appel qui réaffirme sans ambiguïté la thèse de la responsabilité pénale pour fait d'autrui en invitant les Chambres de première instance à s'abstenir totalement de décrire la responsabilité du supérieur en termes de négligence²⁸³. Ceci peut être parce que la Chambre de première instance avait fait allusion à la *négligence criminelle*. Ainsi, pour la Chambre d'appel,

« Les références à la « négligence » dans le contexte de la responsabilité du supérieur hiérarchique risquent de créer une confusion dans les esprits, comme le montre le Jugement rendu en l'espèce par la Chambre de première instance [...]»²⁸⁴. Selon la nature du manquement au devoir (lequel doit être un manquement grave) et la gravité des conséquences qui en découlent, les violations des obligations imposées par les lois et coutumes de la guerre peuvent entraîner, pour tout supérieur assujetti à la discipline militaire, une sanction disciplinaire plutôt que d'engager sa responsabilité pénale. La distinction entre les formes de responsabilité qui sont susceptibles, en droit international, d'engager la responsabilité pénale du supérieur et celles qui ne le sont pas, ne peut être définie dans l'abstrait qu'avec difficulté, ce que la Chambre d'appel ne doit pas tenter de faire dans le présent Arrêt [...]»²⁸⁵.

Il ressort de tout ce qui précède que la jurisprudence des TPIY et TPIR, jusqu'en 2002 a été marquée par des tergiversations terribles, car elle n'a pas permis à ces deux juridictions d'avoir une position unique sur la nature de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique. Les différents revirements constatés, dans un sens tout comme dans un autre, n'ont pas aidé à faire asseoir cette position. Malgré le développement que cette jurisprudence a fait sur la violation de l'obligation d'agir qui incombe au supérieur hiérarchique,

282 *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, Jugement, précité, par. 897.

283 *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, Motifs de l'arrêt du 3 juillet 2002, précité, par. 36.

284 *Ibid.*, par. 35.

285 *Ibid.*, par. 36.

l'interprétation que donnent ces tribunaux sur la nature de la responsabilité du supérieur hiérarchique avait tendance à considérer que le supérieur répond des crimes commis par ses subordonnés. Pourtant, en droit pénal il n'existe pas de responsabilité pénale sans faute²⁸⁶. C'est d'ailleurs cette exigence de la faute qui a conduit notamment le TPIY à revisiter son interprétation sur cette responsabilité pénale. L'on s'accorde donc à reconnaître que c'est finalement l'affaire Halilovic en 2005 qui offrit au TPIY l'opportunité de clarifier sa conception sur la responsabilité du supérieur hiérarchique²⁸⁷. A cet effet, les juges de la Chambre de première instance ont estimé que

« La responsabilité du supérieur hiérarchique visée par l'article 7 3) du [Statut] est une responsabilité par omission. Le supérieur hiérarchique est responsable faute d'avoir accompli un acte exigé par le droit international. Cette omission est coupable car le droit international fait obligation aux supérieurs hiérarchiques d'empêcher leurs subordonnés de commettre des crimes ou de les en punir. Ainsi, l'expression "for the acts of his subordinates" (du fait de ses subordonnés), que l'on trouve généralement dans la jurisprudence du Tribunal, signifie non pas que le supérieur hiérarchique partage la même responsabilité que ceux de ses subordonnés qui ont commis les crimes, mais que des crimes ayant été commis par ses subordonnés, le supérieur hiérarchique devrait être tenu responsable faute d'avoir agi [...] »²⁸⁸.

Un tel revirement jurisprudentiel a été suivi par la chambre de première instance dans plusieurs affaires notamment les affaires Enver Hadžihasanović et Amir Kubura²⁸⁹ puis Oric. Dans ces deux affaires, le TPIY reconnaît que la responsabilité du supérieur hiérarchique est le corolaire de son obligation d'agir. Cette responsabilité est donc une responsabilité pour omission de prévenir ou de punir les crimes commis par ses subordonnés. Il s'agit d'une responsabilité pénale individuelle *suis generis* et distincte de celle visée à l'article 7.1 du Statut²⁹⁰.

A travers ces décisions, les TPI *ad hoc* se sont définitivement écartés de la thèse de la responsabilité pénale du fait d'autrui. La thèse de responsabilité pénale individuelle basée sur l'omission du devoir d'agir avait donc pris le dessus. Les TPI *ad hoc* avaient rejoint finalement la thèse, déjà suggérée en 1948 par le Tribunal militaire de Nuremberg, selon laquelle « la responsabilité du

286 A.-L. VAURS CHAUMETTE, *op.cit.*, p. 459.

287 J. MBOKANI, « La CPI à l'épreuve de la doctrine de la *command responsibility*. Analyse de la *mens rea* dans la décision de confirmation des charges dans l'affaire Bemba », *Revue belge de droit international*, n°1, 2010, p. 263.

288 *Le Procureur c. Sefer Halilović*, Jugement du 16 novembre 2005, *précité*, par. 54.

289 *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et Amir Kubura*, Jugement du 15 mars 2006, *précité*, par. 74 et 75.

290 *Ibid.*, par. 75.

supérieur hiérarchique ne peut survenir que si son incapacité à surveiller correctement ses subordonnés constitue une négligence »²⁹¹.

Cette même position a été également suivie par la Cour pénale internationale qui met aussi l'accent sur la négligence comme norme de la faute exigée pour le supérieur militaire (*chef militaire ou le faisant fonction*). Seulement, il y a lieu de faire remarquer que la jurisprudence de cette Cour se trouve aussi quelque peu controversée sur cette question. L'affaire Jean-Pierre Bemba nous en dit plus. Elle a commencé par faire un choix très ambigu, voire contradictoire, avant de se raviser et de se positionner finalement. En effet, dans la décision portant ajournement de l'audience de confirmation des charges dans l'affaire Jean-Pierre Bemba, la Chambre préliminaire III avait opté pour la conception des actes personnels et non celle d'une responsabilité pénale pour fait d'autrui. C'est ce qui ressort d'un passage de la décision qui a défini la notion de « crime différent ». La Chambre a considéré que

« [...] Au sens de l'article 61-7-c-ii du Statut, [cette notion] se rapporte à la fois aux crimes définis dans les articles 6, 7 et 8 du Statut et aux formes de responsabilité pénale énoncées aux articles 25 et 28 du Statut. Les crimes et les formes de responsabilité vont de pair. Les éléments matériels (objectifs) du crime sont définis en fonction des modes de participation décrits aux articles 25 et 28 du Statut. Le fait que la personne soit responsable de la commission du crime à titre d'auteur, de complice ou de supérieur hiérarchique influe sur la structure même du crime²⁹² ».

Cette définition des crimes différents peut offrir une base pour soutenir que dans la "*command responsibility*", le supérieur est effectivement responsable de ses propres actes, et non des crimes d'autrui²⁹³. Car, le reproche à faire au supérieur hiérarchique n'est pas celui d'avoir commis les crimes, mais plutôt celui d'avoir manqué à son devoir de contrôle. C'est en ce sens qu'il aura une influence sur la structure du crime. Mais dans la même affaire, la décision de confirmation des charges, a plutôt soutenu que « dans le cadre de l'article 28 [...] la personne ne participe pas à la commission du crime (c'est-à-dire que le crime ne résulte pas directement de ses propres actes) »²⁹⁴. En affirmant ainsi, la Cour a clairement choisi la conception de la responsabilité pour fait d'autrui, marquant ainsi un recul regrettable par rapport à la position prise par les juridictions antérieures, notamment les TPI *ad hoc*.

Cependant, la Chambre de première instance III, dans sa décision du 21 mars 2016, statuant sur la culpabilité de Jean-Pierre Bemba, revient sur cette

291 A. CASSESE, D. SCALIA et V. THALMANN, *op. cit.*, p. 353.

292 CPI, Chambre préliminaire III, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Décision portant ajournement de l'audience conformément à l'article 61-7-C-ii du statut de Rome, 3 mars 2009, par. 26.

293 J. MBOKANI, *op. cit.*, p. 265.

294 *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision 15 juin 2009, précité, par. 479.

question de manière claire, en ayant à l'esprit la controverse doctrinale²⁹⁵ et même jurisprudentielle. Recourant à cet effet à un argument *a rubrica*, elle a opté pour la thèse selon laquelle la responsabilité du supérieur hiérarchique est une responsabilité pour faute²⁹⁶. Elle considère à cet effet que le mode de responsabilité pénale prévu à l'article 28 du Statut de Rome est additionnel à ceux prévus à l'article 25 du même Statut²⁹⁷. C'est pourquoi elle conclut qu'il s'agit d'un mode de responsabilité *suus generis* qui n'exclut cependant pas que l'accusé puisse, par ailleurs, répondre pénalement de ses propres faits sur base des modes de responsabilité pénale prévus à l'article 25²⁹⁸. Elle n'est donc pas une responsabilité pénale pour fait d'autrui car, telle que codifiée par le Statut de Rome, elle requiert une faute, la négligence au minimum. Elle n'est pas non plus une infraction distincte sanctionnant le manquement à un devoir d'agir, encore moins une forme particulière de complicité en vertu de l'article 25.3-c de Statut de Rome²⁹⁹. Toutefois, cette responsabilité pénale n'est pas adaptée pour tous les crimes. C'est le cas du crime d'agression.

IV. L'INADAPTABILITE DE LA RESPONSABILITE PENALE DU SUPERIEUR HIERARCHIQUE AU CRIME D'AGRESSION

Le crime d'agression est aujourd'hui défini et réprimé par le Statut de Rome de la CPI, en tant que crime individuel comme :

« [...]la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un Etat, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies »³⁰⁰.

Et l'acte d'agression est défini, en référence à la Résolution 3314 de l'AG de l'ONU, comme :

« l'emploi par un Etat de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies [...] »³⁰¹.

Le crime d'agression n'est pas différent du crime contre la paix prévus dans les Statuts de Nuremberg et de Tokyo³⁰². Par contre, il est différent des trois autres crimes de la compétence de la CPI.

295 G. MABANGA, *op. cit.*

296 *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Jugement du 21 mars 2016, *précité*, par. 172-174.

297 *Ibid.*, par. 173.

298 *Ibid.*, par. 174.

299 C. LAUCCI, *op. cit.*, p. 1096.

300 Statut de Rome de la CPI, art. 8 bis.1.

301 Statut de Rome de la CPI, art. 8 bis.2.

302 Statut du Tribunal Militaire international de Nuremberg, art. 6 ; Statut du Tribunal de Tokyo, art. 5-a.

D'abord, et ce de manière générale, parce qu'il ne relève pas du *jus in bello* (qui examine la légalité du comportement des belligérants pendant la guerre) mais plutôt du *jus ad bellum*³⁰³ (qui examine la légalité du recours à la force ou à la guerre elle-même). En effet, le crime d'agression oblige ses auteurs à rendre compte de l'action préparatoire, de la décision et des actes liés au déclenchement de l'agression, qui est une violation grave de l'interdiction du recours à la force armée contre l'Etat³⁰⁴. Il est donc conçu pour protéger l'Etat contre le recours illégal de la force armée par un autre Etat. Autrement dit, le crime d'agression protège la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un Etat.

Ensuite, parce que le crime d'agression est un crime des dirigeants étatiques. En effet, il s'agit d'un crime la commission et même la responsabilité pénale sont limitées à une certaine catégorie des personnes, en raison notamment de leur pouvoir de contrôle ou de direction dans la sphère politique ou militaire d'un Etat. Cette double limitation singularise ce crime³⁰⁵ et fait de lui un crime exclusivement de direction. Précisons que ces dirigeants doivent poser des actes de participation individuelle pour que leur responsabilité pénale soit engagée (planification, la préparation, le lancement ou l'exécution d'un acte d'agression).

Enfin, parce que le crime d'agression exige au préalable, pour sa constitution, un acte étatique consistant en un emploi illégal de la force armée qui n'est rien d'autre qu'un acte d'agression. Il est donc le seul crime conditionné par l'existence préalable d'un acte internationalement illicite de l'Etat³⁰⁶ en violation de l'article 2.4 de la Charte des Nations Unies. Cet élément singularise davantage le crime d'agression qui ne peut donc se commettre qu'en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat, ou même avec celui-ci. Ce cadre contextuel est une condition nécessaire pour le crime d'agression. Ce qui n'est pas le cas pour les autres crimes³⁰⁷.

Les caractéristiques propres au crime d'agression étant relevées, il y a lieu de nous interroger si un dirigeant étatique, susceptible de répondre pénalement de sa participation à l'acte étatique, peut engager sa responsabilité pénale suivant ce mode de responsabilité. D'emblée, nous pensons que ce mode n'est pas adapté au crime d'agression, en raison de ses particularités,

303 Lire : R. MAISON, *op. cit.*, p. 130.

304 Charte des Nations Unies, art. 2.4 ; Lire : S. SUR, « La Charte des Nations Unies interdit-elle le recours à la force armée ? », A. NOVOSSELOFF (dir.), Paris, CNRS, 2021, p. 134.

305 C. BERTAND, « Le crime d'agression », H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, 2ème éd., Paris, Pedone, 2012, p. 163.

306 X. PACREAU, « Article 8 bis. Crime d'agression », J. FERNANDEZ, X. PACREAU et M. UBEDA-SAILLARD (dir.), *op. cit.*, p. 697.

307 I. FOUCHARD, « La formation du crime contre l'humanité en droit international », M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET (dir.), *Le crime contre l'humanité*, 3ème éd., PUF, 2018, pp. 21-23.

bien que le Statut de Rome ne le précise pas. Allusion est faite ici spécifiquement à la deuxième particularité exigeant du dirigeant étatique la commission d'un acte individuel de participation à l'acte étatique. En effet, le dirigeant étatique, auteur du crime d'agression, est poursuivi pour avoir commis des actes positifs soit en tant qu'auteur principal, soit encore en tant que complice pour avoir participé à la planification, à la préparation, au lancement ou à l'exécution d'un acte d'agression susceptible de constituer une violation manifeste de la Charte des Nations Unies.

Appliquer un tel mode de responsabilité pénale au crime d'agression signifierait que ce dirigeant étatique a simplement manqué au devoir de contrôle qu'il exerce sur ses subordonnés qui ont commis des crimes. Pourtant ceux-ci, entendus comme des simples exécutants du crime, ne peuvent commettre le crime d'agression qui est un crime des dirigeants. Et même dans l'hypothèse où l'on admettrait que, tenant compte de la hiérarchie, le « subordonné » est également un dirigeant, il n'est pas possible de concevoir la responsabilité pénale d'un « dirigeant hiérarchiquement supérieur », en l'es sans que ce dernier ait personnellement participé à l'acte d'agression. L'aspect de la négligence du dirigeant étatique n'apparaît pas dans la conception de la responsabilité pénale pour crime d'agression³⁰⁸. Ce n'est donc pas anodin que la définition du crime d'agression précise toutes ces étapes du processus de la commission d'un acte d'agression devant constituer un crime d'agression et pour lequel seul celui qui contrôle ou dirige l'action politique ou militaire d'un Etat peut engager sa responsabilité pénale.

Comme on peut le voir, il ne s'agit pas ici du contrôle sur des subordonnés mais d'une action étatique. Le contrôle visé dans la définition du crime d'agression renvoie à la capacité du dirigeant, au regard des pouvoirs qu'il détient, d'engager l'Etat ou de l'aider à s'engager dans la commission d'un acte internationalement illicite contre un autre Etat. La jurisprudence de la CPI prendra certainement position sur cette question étant entendu les travaux sur le crime d'agression ne s'y sont pas étendus.

De ce point de vue, il serait prudent que, lors de l'internalisation de ce mode de responsabilité et surtout de l'adaptation du droit pénal étatique à la norme internationale sur le crime d'agression, ce mode de responsabilité pénale soit écarté pour éviter toute ambiguïté. Car, il sera même difficile de prouver qu'un dirigeant avait connaissance de la commission du crime d'agression, s'il n'est pas impliqué dans la commission de l'acte étatique ayant conduit à ce crime.

308 O. DE FROUVILLE, *op. cit.*, p. 32.

V. L'INTERNALISATION DU PRINCIPE DE RESPONSABILITE PENALE DU SUPERIEUR HIERARCHIQUE

En tant que principe consacré en droit international pénal – et même en droit international humanitaire coutumier³⁰⁹ et conventionnel³¹⁰ –, la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique est intégrée dans plusieurs législations pénales nationales dans le cadre de l'adaptation du droit pénal étatique, l'une des conséquences implicites du principe de la complémentarité posé dans le Statut de Rome³¹¹. Pour souligner cette internalisation, nous avons choisi de prendre le cas de la République démocratique du Congo et de la France. Ce choix est justifié par le fait que ces deux Etats membres du Statut de Rome de la CPI ont internalisé cette responsabilité de manière différente.

En effet, le droit congolais intègre cette responsabilité dans le Code pénal (pour les supérieurs civils)³¹² et le Code pénal militaire (pour les supérieurs militaires)³¹³. Cette responsabilité pénale est intégrée dans les mêmes termes que l'article 28 du Statut de Rome. Le législateur congolais a donc recouru, comme pour les crimes, à la technique de la reproduction textuelle consistant à adopter intégralement une disposition du Statut de Rome.

En droit français par contre, à la suite de l'adaptation du droit pénal au Statut de Rome, le supérieur hiérarchique, militaire ou civil, peut engager sa responsabilité pénale dans les mêmes conditions et suivant les mêmes exigences que celles que nous venons de relever, mais uniquement en tant que complice d'un crime de génocide, d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre commis par des subordonnés sur qui il exerce un contrôle effectif.

L'article 213-4-1³¹⁴ du Code pénal français dispose ce qui suit :

« Sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 121-7, est considéré comme complice d'un crime visé par le présent sous-titre commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs le chef

309 Voir : Règle 153 « Les commandants et autres supérieurs hiérarchiques sont pénalement responsables des crimes de guerre commis par leurs subordonnés s'ils savaient, ou avaient des raisons de savoir, que ces subordonnés s'apprêtaient à commettre ou commettaient ces crimes et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en leur pouvoir pour en empêcher l'exécution ou, si ces crimes avaient déjà été commis, pour punir les responsables », in J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. Règles, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 733.

310 Art. 86.2 du Protocole additionnel I du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949.

311 Lire : D. BERNARD, « Le Statut de la Cour pénale internationale saisi par les Etats : un jaillissement du droit hors catégorie », I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*. vol. 1, *Les normes internationales et constitutionnelles*, Bruxelles, PUSL, 2012, pp. 61-62

312 Art. 22 bis du Code pénal congolais, *précité*.

313 Art. 1er du Code pénal militaire, *précité*.

314 Le contenu de cette disposition est repris littéralement à l'article 462-7 du Code pénal français mais applicable uniquement au crime ou délit de guerre.

militaire ou la personne qui en faisait fonction, qui savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ce crime et qui 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 ».

« Sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 121-7, est également considéré comme complice d'un crime visé par le présent sous-titre commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs le supérieur hiérarchique, n'exerçant pas la fonction de chef militaire, qui savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ce crime ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement et qui 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, alors que ce crime était lié à des activités relevant de sa responsabilité ou de son contrôle effectifs ».

Le Code pénal français n'a pas suivi la logique du Statut de Rome – tout comme en droit congolais – qui fait de la responsabilité du supérieur hiérarchique une forme de responsabilité à part entière. Le législateur français a tenu certainement compte des principes qui s'appliquent sur le plan interne. C'est ainsi que s'inspirant de l'article 122-4 du Code de justice militaire³¹⁵, le droit pénal français considère plutôt cette responsabilité comme une forme de complicité fondée sur une omission [complicité par omission]. C'est à ce niveau que réside la particularité de cette forme de complicité, car elle « déroge à la règle de principe selon laquelle l'acte de complicité ne peut prendre la forme d'une abstention »³¹⁶. Ceci parce qu'en matière de participation criminelle, l'acte de participation doit nécessairement être un acte de commission³¹⁷ et doit être commis avec intention et connaissance. « Il n'existe pas complicité par abstention »³¹⁸. Le supérieur hiérarchique qui manque à son obligation d'agir est donc considéré comme complice de ses subordonnés en cas de commission du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre par ceux-ci. Ce qui ne répond pas à la logique qui sous-tend cette forme de

315 Cet article dispose ce qui suit : « Lorsqu'un subordonné est poursuivi comme auteur principal d'une des infractions prévues à l'article L. 122-3 et que ses supérieurs hiérarchiques ne peuvent être recherchés comme coauteurs, ils sont considérés comme complices dans la mesure où ils ont organisé ou toléré les agissements criminels de leur subordonné ».

316 E. VERGES, C. RIBEYRE et A.-G. ROBERT, « Chronique législative », *Revue de science criminelle et de droit international comparé*, n°4, 2010, p. 902.

317 G. STEVANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Droit pénal général*, 18ème éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 283.

318 NYABIRUNGU mwene SONGA, *Traité de droit pénal général*, 2ème éd., Kinshasa, EUA., 2007, pp. 257.

responsabilité pénale qui, comme le souligne Cyril Laucci, « ne saurait [être] une forme particulière de complicité en vertu de l'article 25.3-c du Statut de Rome (aide, concours ou assistance) »³¹⁹.

Présenter de cette manière, cette forme de responsabilité apparaît comme une véritable responsabilité du fait d'autrui qui est pourtant « difficilement conciliable en matière d'infractions intentionnelles et en plus encore en matière criminelle »³²⁰. Elle se rapproche plutôt de la responsabilité pénale par imprudence prévue à l'article 121-3 du même Code qui dispose ce qui suit :

« [...] Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait [...] ».

QUE CONCLURE ?

Le principe de responsabilité pénale du supérieur hiérarchique en droit international pénal, dans son format actuel, a été forgé par la jurisprudence des juridictions pénales internationales. Les éléments mis en évidence par cette jurisprudence démontrent à suffisance qu'il s'agit d'une responsabilité pénale individuelle fondée sur le défaut de l'obligation de contrôle du supérieur sur ses subordonnés. Ce défaut de contrôle, à la suite de l'obligation d'agir, lorsqu'il a occasionné la commission des crimes, constitue la faute pénale à laquelle doit répondre le supérieur hiérarchique, civil ou militaire. En ce sens, il ne peut s'agir d'une responsabilité pénale pour fait d'autrui, encore moins une forme de complicité comme l'a organisé le droit français. Ainsi, la disparité constatée lors de l'internalisation de cette forme de responsabilité, en droit congolais et français comme illustré, n'est que fonction de la souveraineté des Etats en matière d'adaptation du droit pénal interne au Statut de Rome, bien qu'en l'espèce cette souveraineté est vraiment en contradiction avec la logique du Statut de Rome en ce qui concerne le droit français.

Cependant, la question de l'applicabilité de cette forme de responsabilité au crime d'agression demeure problématique en raison de l'incohérence entre les deux. Les particularités du crime d'agression ne sauraient justifier qu'une personne soit poursuivie du chef de ce crime sur base de cette forme de responsabilité pénale. La question reste toutefois ouverte en attendant que la jurisprudence de la CPI, principalement, s'y penche.

319 C. LAUCCI, *op. cit.*, p. 1118.

320 E. VERGES, C. RIBEYRE et A.-G. ROBERT, *op. cit.*, p. 903.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE³²¹

A. Jurisprudence

- Cour suprême des Etats Unis, *Styer c. Yamashita*, Arrêt du 4 février 1946 ;
- *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg*, 14 novembre 1945-1er octobre 1947 ;
- TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Delalić et consorts*, IT-96-21-T, Jugement du 16 novembre 1998 ;
- TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Delalić et consorts*, Arrêt du 20 février 2001 ;
- TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Pavle Strugar*, IT-01-42-T, Jugement du 31 janvier 2005 ;
- TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Sefer Halilović*, IT-01-48-T, Jugement du 16 novembre 2005 ;
- TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Enver Hadžiliasanović et Amir Kubura*, IT-01-47-T, Jugement du 15 mars 2006 ;
- TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Jugement du 21 mai 1999 ;
- TPIR, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, Jugement du 7 juin 2001 ;
- TPIR, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, Motifs de l'arrêt du 3 juillet 2002 ;
- CPI, Chambre préliminaire III, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Décision portant ajournement de l'audience conformément à l'article 61-7-C-ii du statut de Rome, 3 mars 2009 ;
- CPI, Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 juin 2009 ;
- CPI, Chambre Préliminaire I, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, Décision relative à la confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo, 12 juin 2014 ;
- CPI, Chambre de première instance III, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Jugement rendu à l'application de l'article 74 du Statut, 21 mars 2016 ;
- CPI, Chambre de première instance III, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Décision relative à la peine rendue en application de l'article 76 du Statut, 21 juin 2016 ;

³²¹ Nous avons privilégié les sources jurisprudentielles et doctrinales pertinentes sur la question sous examen.

- CPI, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre le jugement rendu en application de l'article 74 du Statut par la Chambre de première instance III, 8 juin 2018.

B. Doctrine

Ouvrages

- ASCENSIO H., DECAUX E. et PELLET A. (dir.), *Droit international pénal*, 1^{ère} éd, Paris, Pédone, 2000 ;
- BELLIVIER F., EUDES M. et FOUCHARD I., *Droits des crimes internationaux*, Paris, PUF, 2018 ;
- CASSESE A., SCALIA D. et THALMANN V., *Les grands arrêts de droit international pénal*, Paris, Dalloz, 2010 ;
- DE FROUVILLE O., *Droit international pénal*, Paris, Pédone, 2012 ;
- FERNANDEZ J., *Droit international pénal*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2022 ;
- FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (dir.), *Le Statut de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Paris, Pedone, 2019 ;
- HENCKAERTS J.-M. et DOSWALD-BECK L., *Droit international humanitaire coutumier*, vol. Règles, Bruxelles, Bruylant, 2006 ;
- KOLB R., *Droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ;
- MAISON R., *Justice pénale internationale*, Paris, PUF, 2017 ;
- NYABIRUNGU Mwene SONGA, *Droit international pénal. Crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, Kinshasa, D.E.S., 2013 ;
- NYABIRUNGU mwene SONGA, *Traité de droit pénal général*, 2^{ème} éd., Kinshasa, EUA, 2007 ;
- STEFANI G., LEVASSEUR G. et BOULOC B., *Procédure pénale*, 28^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2022 ;
- VAURS CHAUMETTE A.-L., *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?*, Paris, Pédone, 2009.

Articles

- BERNARD D., « Le Statut de la Cour pénale internationale saisi par les Etats : un jaillissement du droit hors catégorie », HACHEZ I., CARTUYVELS Y., DUMONT H., GERARD Ph., OST F. et VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Les sources du droit revisitées*. vol. 1, *Les normes internationales et constitutionnelles*, Bruxelles, PUSL, 2012, p. 57-100 ;
- BERTRAND C., « Le crime d'agression », ASCENSIO H., DECAUX E. et PELLET A. (dir.), *Droit international pénal*, 2^{ème} éd., Paris, Pedone, 2012, pp. 163-177 ;

- BOURGON S., « La doctrine de la responsabilité du commandement et la notion de lien de subordination devant le TPIY », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2007, pp. 95 -118 ;
- FOUCHARD I., « La formation du crime contre l'humanité en droit international », DELMAS-MARTY M., FOUCHARD I., FRONZA E. et NEYRET L. (dir.), *Le crime contre l'humanité*, 3ème éd., Paris, PUF, 2018, pp. 7-42 ;
- KASONGO LUKOJI G.-D., « Responsabilité pénale du commandant : une responsabilité empêchée ou une responsabilité en péché ? », SEGIHOBE BIGIRA J.-P. et MINGASHANG I. (dir.), *Le droit pénal entre douleur et enchantement dans le contexte contemporain. Liber amicorum Doyen Nyabirungu mwene Songa*, Bruxelles, Bruylant, 2021, pp. 616-629 ;
- MABANGA G., « Affaire Bemba : La CPI fixe les critères d'appréciation de la responsabilité pénale du chef militaire et du supérieur hiérarchique », *Revue des droits de l'homme* (en ligne), *Actualités Droits-Libertés* (mis en ligne le 25 mars 2016) disponible sur <http://revdh.revues.org/2072> ;
- MAUGERI M., « La responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l'effet d'exonération de l'ordre du supérieur dans le Statut de la CPI », CHIAVARIO M. (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 295-326 ;
- MBOKANI J., « La CPI à l'épreuve de la doctrine de la command responsibility. Analyse de la mens rea dans la décision de confirmation des charges dans l'affaire Bemba », *Revue belge de droit international*, 2010/1, Bruylant, Bruxelles, pp. 254-33 ;
- MBOKANI J.B., « Responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques : entre originalité et ambiguïtés », SEGIHOBE BIGIRA J.-P. et MINGASHANG I. (dir.), *Le droit pénal entre douleur et enchantement dans le contexte contemporain. Liber amicorum Doyen Nyabirungu mwene Songa*, Bruxelles, Bruylant, 2021, pp. 536-613 ;
- MEGRET F., « Les anges morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 71, n°2, 2013, pp. 83-136 ;
- PACREAU X., « Article 8 bis-Crime d'agression », FERNANDEZ J. et PACREAU X. (dir.), *Le Statut de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, pp. 537-541 ;
- ROBERT M.-P., « L'évolution de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit international », *Revue du Barreau*, vol. 67, 2007-2008, 1-39 ;
- ROBERT M.-P., « La responsabilité du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international », *Les cahiers de droit*, vol. 49, n° 3, pp. 413-453 ;

- SALVAIRE J., « Réflexion sur la responsabilité pénale du fait d'autrui », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 2, 1964 ;
- SUR S., « La Charte des Nations Unies interdit-elle le recours à la force armée ? », NOVOSELOFF A. (dir.), *Le Conseil de sécurité des Nations Unies*, Paris, CNRS, 2021, pp. 133-149 ;
- TASOKI MANZELE J.-M. et MASAMANKI IZIRI E., « La responsabilité pénale du chef militaire à travers l'affaire Jean-Pierre Bemba devant la Cour pénale internationale », *Cahiers Africains des Droits de l'Homme et de la Démocratie*, vol. 054, n°1, 2017, pp. 27-46 ;
- VERGES E., RIBEYRE C. et ROBERT A.-G., « Chronique législative », *Revue de science criminelle et de droit international comparé*, n°4, 2010, pp. 896-938 ;
- ZARK N., « La responsabilité du supérieur hiérarchique devant les tribunaux pénaux internationaux », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 73, n°1, 2002, pp. 59-80.