

Responsabilité du commandement et pratique pénale

Jamie Allan Williamson*

Jamie A. Williamson est conseiller juridique régional du Comité international de la Croix-Rouge (CICR).

Étant donné leur position de commandement par rapport à leurs soldats et à leurs subordonnés, ainsi que leur influence et leurs responsabilités en tant que supérieurs, les commandants militaires et les autres supérieurs hiérarchiques ont le devoir de prendre les mesures nécessaires pour prévenir toute violation du droit international humanitaire (DIH) par leurs subordonnés. Cette obligation implique qu'ils peuvent être tenus pour responsables s'ils omettent d'agir. Tant en vertu de la coutume que du droit conventionnel, les commandants militaires et autres supérieurs hiérarchiques ont une responsabilité plus grande que leurs subordonnés de veiller au respect du DIH. Cela ne veut pas dire que les subordonnés soient déchargés de toute responsabilité : en tant qu'individus, ils sont aussi tenus de respecter le DIH et devront rendre des comptes personnellement en cas d'infraction, même s'ils obéissent à des ordres si ces ordres sont manifestement illégaux.

La responsabilité pénale d'un commandant pour des infractions au DIH, perpétrées par ses subordonnés, était une question centrale de l'affaire du général *Yamashita*, qui avait été réexaminée par la Cour suprême des États-Unis en 1946. Dans cette affaire, le général Tomuyuki Yamashita, commandant des forces japonaises aux Philippines en 1944-1945, était accusé d'avoir omis de s'acquitter de son devoir de contrôler les opérations auxquelles participaient les personnes placées sous son commandement, qui avaient violé les lois de la guerre. Le jugement majoritaire prononcé par le président de la Cour suprême, le juge Stone, avait 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. De l'avis de la cour, si les commandants n'avaient pas cette obligation positive de prévenir les violations des lois de la guerre, ces dernières perdraient leur finalité même.

* Les opinions exprimées n'engagent que l'auteur. La version anglaise de ce texte a été modifiée et publiée sous le titre «Some considerations on command responsibility and criminal liability », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, pp 303-317.

Dans le cadre du droit international humanitaire, ce principe a été consacré par l'article 86 (Omissions) du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève :

1. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent réprimer les infractions graves et prendre les mesures nécessaires pour faire cesser toutes les autres infractions aux Conventions ou au présent Protocole, qui résultent d'une omission contraire à un devoir d'agir.
2. Le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction.

Cette forme de responsabilité, qui est souvent appelée «responsabilité par omission», est bien ancrée dans les divers tribunaux pénaux internationaux, aussi bien dans leurs documents constitutifs que dans leur jurisprudence. Par exemple, les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie (TPIR et TPIY respectivement) disposent :

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

Il est généralement admis que le principe de la responsabilité du commandement est nécessaire, si l'on veut que des poursuites pénales puissent être engagées contre d'autres personnes que celles qui ont directement commis l'infraction. Si ceux qui sont inculpés en tant que supérieurs n'ont pas directement commis l'infraction, ils sont toutefois considérés comme autant responsables – et même davantage – pour avoir omis d'empêcher que leurs subordonnés ne commettent des violations, ou de punir les auteurs de violations effectivement commises¹. En effet, sans cette forme de responsabilité, un supérieur pourrait beaucoup plus facilement se disculper de tout acte illicite, par exemple en prétendant que ses subordonnés n'obéissaient pas à des ordres lorsqu'ils ont commis des crimes. Il est donc du devoir d'un

¹ Voir A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 205.

commandant d'intervenir quand les actes de ses subordonnés ont constitué – ou constitueraient – une violation du DIH.

En vertu de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, il est généralement admis que trois éléments clés doivent être réunis pour établir la responsabilité du commandement.

Premièrement, il faut qu'il y ait un lien de subordination. Comme l'explique le commentaire du CICR sur l'article 86 du Protocole additionnel I, il s'agit «d'un supérieur qui a une responsabilité personnelle à l'égard de l'auteur des agissements en question, parce que ce dernier, étant son subordonné, se trouvait placé sous son contrôle. [...] La notion de supérieur [...] doit être prise dans une perspective hiérarchique englobant la notion de contrôle²». Cette relation peut exister *de jure* ou *de facto*, l'exercice d'une relation effective de commandement, de contrôle ou d'autorité étant déterminant.

Deuxièmement, le supérieur savait ou avait des raisons de savoir qu'un ou plusieurs subordonnés commettaient ou s'apprêtaient à commettre des actes criminels.

Troisièmement, le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que lesdits actes ne soient commis ou en punir les auteurs.

Le critère requis : commandants militaires et autres supérieurs hiérarchiques

Traditionnellement, l'ampleur et la nature de la «connaissance» qu'un supérieur devait avoir des actions de ses subordonnés étaient les mêmes pour les commandants militaires et les autres supérieurs hiérarchiques (par exemple, ministres, maires, directeurs d'usines), quelle que soit leur fonction. Ainsi, la règle 153 de l'étude du CICR sur le droit coutumier énonce que les deux catégories de supérieurs encourent une responsabilité pénale, s'il est démontré qu'ils «savaient» ou avaient des «raisons de savoir»³.

S'il n'est pas vraiment difficile d'établir que le supérieur «savait», le concept «avait des raisons de savoir» a connu une certaine évolution dans la jurisprudence. Comme l'a précisé la Chambre d'appel du TPIR :

² Commentaire du Protocole additionnel des Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977 (Commentaire), CICR/Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1987, p. 1013.

³ Jean-Marie Henckaerts et Louis Doswald-Beck (eds), Droit internationale humanitaire coutumier, 2 volumes, CICR et Bruylant, 2006, pp. 737-743.

«Le critère “avait des raisons de savoir” n’exige pas que la connaissance réelle, qu’elle soit prouvée de manière directe ou indirecte, soit établie. Il n’exige pas non plus que la Chambre de première instance soit convaincue que l’Accusé *savait* effectivement que des crimes avaient été commis ou étaient sur le point d’être commis. Il exige seulement que la Chambre soit convaincue que l’Accusé disposait de “certaines informations générales, de nature à le mettre en garde contre d’éventuels agissements de ses subordonnés⁴”.

Il est intéressant de noter que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), dans son article 28, énonce deux critères distincts. Pour les chefs militaires, le critère est que la personne savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que les forces placées sous son autorité commettaient ou allaient commettre des crimes. L’expression «aurait dû savoir» rejoint le traditionnel «avait des raisons de savoir». En revanche, pour que les autres supérieurs hiérarchiques (les commandants non militaires) encourent une responsabilité pénale, il doit être démontré que la personne savait que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre des crimes ou «a délibérément négligé de tenir compte d’informations qui l’indiquaient clairement».

Le Statut de la CPI semble ainsi introduire des éléments additionnels, qui doivent être réunis pour prouver qu’un supérieur non militaire avait l’intention délictueuse (*mens rea*) requise pour que sa responsabilité pénale soit engagée au titre de la responsabilité du commandement. Il faut démontrer non seulement que le supérieur possédait des informations concernant les actes de ses subordonnés, mais encore qu’il «a *délibérément négligé* de tenir compte» de ces informations, en d’autres termes, qu’il a choisi de ne pas les prendre en considération, ni d’agir en conséquence. L’information doit aussi *indiquer clairement* que le subordonné commettait ou allait commettre les crimes. Dans une certaine mesure, cela va plus loin que le critère établi par le TPIR et le TPIY, selon lequel l’information doit simplement être de nature à mettre le supérieur en garde contre *d’éventuels* agissements de ses subordonnés. Selon le Statut de la CPI, il faudra donc une certitude et non une éventualité quant à la perpétration des crimes.

Il ne s’agit pas, dans cet exposé, d’examiner le bien-fondé du point de vue de la CPI. Celui-ci soulève toutefois des questions de droit aussi bien que de politique générale.

Comme nous l’avons mentionné plus haut, l’un des principaux objectifs de la doctrine de la responsabilité des supérieurs est de punir les supérieurs hiérarchiques qui, sans être directement ceux qui ont utilisé leur arme, sont cependant considérés comme pénalement

⁴ Le Procureur c/ Bagilishema, Motifs de l’arrêt, affaire n° ICTR-95-1A-A, 3 juillet 2002, paragraphe 28.

responsables, s'ils omettent de prendre des mesures adéquates pour contrôler et punir leurs subordonnés. La responsabilité des supérieurs s'est avérée essentielle pour permettre aux procureurs des tribunaux internationaux de traduire en justice des chefs de gouvernement, des ministres et autres supérieurs civils qui, de par leur fonction, ont clairement joué un rôle important en supervisant et en ordonnant des violations du DIH, des crimes contre l'humanité et des génocides, sans nécessairement être présents sur le théâtre des combats ou à l'endroit où les crimes ont été commis.

L'exigence, selon laquelle il doit être démontré que les commandants non militaires ont «délibérément négligé de tenir compte» d'informations qui «indiquaient clairement» que leurs subordonnés commettaient certains actes illicites, rend-elle plus difficile d'établir que le principe de la responsabilité des supérieurs s'applique à ces commandants ? Cette exigence plus rigoureuse en matière de preuve est-elle justifiée étant donné que, dans le domaine civil, la chaîne de commandement est souvent moins précisément établie *de jure* que dans les milieux militaires ? En termes de droit ou de politique générale, ce critère pourrait-il réduire la portée et l'efficacité de l'application du principe de la responsabilité des supérieurs aux commandants non militaires, pour sanctionner les violations du DIH ? Les normes applicables aux commandants militaires devraient-elles être différentes de celles qui s'appliquent aux autres supérieurs en termes d'intention délictueuse ? Le critère à la fois objectif et subjectif (ce qu'aurait fait une personne raisonnable dans les mêmes circonstances que l'accusé) n'explique-t-il pas déjà la distinction entre contexte militaire et contexte civil ?

Mesures "nécessaires et raisonnables"

En vertu de l'article 86.2 du Protocole additionnel I, les supérieurs doivent prendre «toutes les mesures pratiquement possibles» en leur pouvoir, pour empêcher ou réprimer une infraction au DIH commise par leurs subordonnés. En droit pénal, le critère qui a été introduit est l'omission par le supérieur de prendre les mesures «nécessaires et raisonnables» en son pouvoir, pour empêcher ou réprimer les crimes commis par leurs subordonnés. La plupart des systèmes juridiques nationaux donnent de brèves définitions de «raisonnable» ainsi que, dans une moindre mesure, de «nécessaire». La jurisprudence pénale internationale fait état du critère du «raisonnable dans les circonstances» (*reasonableness in the circumstances test*) et tend à assimiler les termes «raisonnable» et «nécessaire». Cependant, l'application de ce critère en cas de violations graves du DIH, de crimes contre l'humanité et de génocide pourrait être problématique.

Contrairement à la plupart des affaires pénales nationales, les affaires dans lesquelles de graves violations du DIH, des crimes contre l'humanité et des génocides ont été commis, présentent un ensemble compliqué de faits et impliquent souvent une multitude d'acteurs et de nombreuses victimes. Elles ont généralement lieu dans des contextes où le tissu social normal et les chaînes de commandement habituelles ont été détruits et où civils et militaires, de même que victimes et bourreaux, se confondent. Ainsi, dans l'affaire Yamashita, le juge Murphy a déclaré dans son opinion dissidente :

Les devoirs, ainsi que la capacité de contrôler les soldats varient en fonction de la nature et de l'intensité de la bataille en cause. Pour établir un manquement au devoir dans des circonstances de bataille, il faut se livrer à des estimations difficiles et spéculatives. De telles estimations deviennent extrêmement douteuses quand elles sont faites par le vainqueur à l'égard des actes commis par un acteur vaincu. [...] [*Traduction CICR*]

Une lecture attentive des conclusions de fait des arrêts du TPIY, du TPIR et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, confirme qu'en raison de la complexité des événements sur le terrain, il peut être problématique de tenter de transposer ces faits dans le milieu stérile de la cour et d'essayer de définir quelles mesures étaient raisonnables et nécessaires dans les circonstances de l'espèce. On pourra, certes, faire valoir qu'une telle appréciation ne peut pas être faite dans l'abstrait. Toutefois, étant donné la nature chaotique des événements, est-il réaliste d'introduire un critère basé sur ce qu'aurait fait une personne raisonnable à la place de l'accusé et dans les mêmes circonstances ? Peut-on parler de comportement raisonnable, dans ces situations, alors que l'accusé ne disposait pas de la machine à explorer le temps de H. G. Wells ? Un supérieur peut-il se défendre convenablement quand on l'accuse de ne pas avoir pris des mesures suffisamment raisonnables et nécessaires ?

Il n'a pas été aisé pour les tribunaux internationaux de déterminer ce que recouvrent les notions de raisonnable et nécessaire. Faute de comprendre clairement ce que signifie «raisonnable et nécessaire», on court le risque que les décisions se fondent plus sur la morale que sur des éléments juridiques.

Les juges ont été sensibles à ce risque et ont quelquefois préféré parler d'actes «sous l'autorité de l'accusé». Dans l'affaire *Celebici*, la Chambre d'appel du TPIY a soutenu qu'il fallait «reconnaître, toutefois, que le droit international ne peut obliger un supérieur à faire l'impossible. Aussi, un supérieur ne peut-il être tenu responsable que pour ne pas avoir pris les mesures qui étaient en son pouvoir [...] [ou] dans ses capacités matérielles». Dans l'affaire *Blaskic*, la Chambre a ajouté que les mesures nécessaires et raisonnables étaient celles qui

pouvaient être prises dans le cadre des compétences d'un commandant, telles qu'attestées par le degré de contrôle réel qu'il exerçait sur ses subordonnés.

Ce point de vue est conforme à l'article 86 du Protocole additionnel I qui, comme nous l'avons mentionné plus haut, fait mention de «toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir». Le commentaire du CICR sur cet article explique que cette clause «limite raisonnablement l'obligation des supérieurs aux mesures pratiquement possibles, car il n'est pas toujours possible d'empêcher une infraction ou de punir ses auteurs. En outre, le texte se réfère avec bon sens aux mesures qui sont "en leur pouvoir" et à celles-là seulement». Ces derniers mots sont restrictifs et ferment la porte à d'éventuelles spéculations sur les actions qui pourraient avoir été «raisonnables». Bon nombre de manuels militaires nationaux reflètent les termes de l'article 86, plutôt que la combinaison «raisonnable et nécessaire» que l'on trouve dans certains textes juridiques internationaux.

Il ne fait aucun doute que l'évolution de la jurisprudence fournira davantage d'éclaircissements sur ce que les accusés doivent faire pour s'acquitter de leur devoir, en prenant des mesures responsables et nécessaires. Néanmoins, il semble qu'à ce stade le critère soit plutôt basé sur les moyens qu'axé sur les résultats. Mais qu'entend-on par «en son pouvoir» ? L'expression «raisonnable et nécessaire» devrait-elle être considérée comme équivalente à «possible ou pratiquement possible» ? Le supérieur doit-il prendre des mesures *extraordinaires* en cas de circonstances exceptionnelles ? Quelle importance faudrait-il donner au contrôle effectif du supérieur dans les circonstances de l'espèce ? Existe-t-il des circonstances dans lesquelles l'autorité *de jure* d'un commandant est limitée *de facto* ? Devrait-on attendre des commandants qu'ils prennent toutes les mesures possibles pour empêcher les délits, notamment toute mesure destinée à exercer un contrôle plus efficace sur leurs subordonnés et à obtenir de meilleurs moyens de prévenir et de punir les infractions ? Que devraient faire les commandants de niveau intermédiaire (par exemple des lieutenants), quand leurs propres commandants (par exemple des généraux) donnent directement aux subordonnés des lieutenants l'ordre de commettre des crimes ? À cet égard, quelle importance devrait-on donner au niveau des commandants dans leur propre hiérarchie ?

Des peines plus lourdes pour les supérieurs

En droit international, il apparaît que les supérieurs ont une plus grande responsabilité que leurs subordonnés. En vertu de leur position dans la hiérarchie et du commandement qu'ils

exercer sur lesdits subordonnés, les supérieurs ont l'obligation positive de garantir le respect du DIH et de faire en sorte que les infractions soient traitées de façon appropriée. Le fait qu'ils omettent de réprimer ou d'empêcher les infractions peut être interprété comme un consentement de leur part aux actes illicites commis par leurs subordonnés, encourageant ainsi de nouvelles infractions et développant une culture de l'impunité. S'il faut évidemment que la sentence soit fondée sur la nature et la gravité du crime, le statut de supérieur a néanmoins été considéré comme une circonstance aggravante lors de la détermination de la peine par les tribunaux pénaux internationaux.

Ces tribunaux se sont longuement penchés sur la question de la peine appropriée pour les commandants. Il ressort de la jurisprudence que le statut de commandant peut justifier une sentence plus lourde, notamment si l'accusé était haut placé au sein de la hiérarchie civile ou militaire. D'un point de vue juridique, la jurisprudence est claire : une position de pouvoir hiérarchique, qu'elle soit civile ou militaire, entraîne à la fois devoirs et confiance, et tout manquement au devoir ou abus de confiance tend à aggraver la peine⁵. Il a été expliqué que, lorsqu'un commandant ne s'acquitte pas de son obligation d'empêcher le crime et d'en punir l'auteur, il devrait faire l'objet d'une peine plus grave que les subordonnés qui ont commis le crime⁶. La justification d'une peine plus lourde découle du fait que, si un commandant omet de punir ses subordonnés ou de les empêcher de commettre des crimes, cela donne une impression de tolérance, de consentement ou même d'approbation à l'égard des actions de ses subordonnés. Il a aussi été relevé que les conséquences des actes d'une personne sont nécessairement plus graves si cette personne occupe un rang élevé dans la hiérarchie militaire ou politique et use de sa position pour commettre des crimes. Par conséquent, une personne qui abuse de son pouvoir, ou l'exerce à mauvais escient, mérite une peine plus sévère qu'un individu qui agit à titre privé.

Les tribunaux ont conclu qu'il serait illogique de punir un simple auteur de crime par une peine égale à celle du commandant, ou plus sévère⁷. Il a en outre été préconisé que la gravité de la sentence tienne compte du rang ou de la position dans la hiérarchie militaire ou civile.

Si la jurisprudence est très mesurée, il semble toutefois être admis que les supérieurs civils et militaires méritent des peines plus lourdes que leurs subordonnés. Il apparaît

⁵ Le Procureur c/ Jean Kambanda, affaire n° ICTR 97-23-S, Jugement et sentence, 4 septembre 1998. Le Procureur c/ Jean-Paul Akayesu, affaire n° ICTR-96-4-T, Sentence, 2 octobre 1998. Le Procureur c/ Tihomir Blaskic, Jugement, 3 mars 2000. Le Procureur c/ Biljana Plavsic, Jugement, 27 février 2003.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

également que les subordonnés ne devraient pas être punis aussi sévèrement que leurs supérieurs. Sur le plan des principes comme sur le plan juridique, le fait de ne pas s'acquitter de son devoir d'agir en tant que supérieur devrait-il entraîner des peines plus graves ? Quel est le but de la fixation de peines plus graves pour les supérieurs ? Une plus grande responsabilité engendre-t-elle *ipso facto* une plus grande faute ? La sentence est-elle un moyen de dissuasion efficace pour l'individu accusé, pour ses pairs (de même niveau) ou pour ses supérieurs ?

Ordres manifestement illégaux

Dans plus d'un contexte où des crimes de guerre sont commis par des militaires, les subordonnés et les commandants feront valoir qu'ils exécutaient simplement des ordres, lorsqu'ils ont commis des actes illicites. La plupart du temps, le subordonné n'aura aucune raison de mettre en cause la légalité d'un ordre, car on suppose à priori que les supérieurs sont mieux placés pour distinguer le bien du mal en matière de conduite des hostilités. À certaines occasions, toutefois, lorsque l'ordre semble aller au-delà de ce qui est légalement autorisé, le subordonné sera confronté à un choix : a) désobéir et risquer de recevoir un blâme et d'être puni par le supérieur ou un tribunal militaire, b) obéir et risquer une sanction pénale en agissant conformément à un ordre qui a des conséquences illégales. Le subordonné se trouve ainsi face à un dilemme moral et juridique.

Bien que l'on affirme souvent que la discipline et l'exécution inconditionnelle des ordres sont indispensables au succès d'une bataille, le droit reconnaît qu'il y a des limites à l'«obéissance aveugle» que l'on attend des subordonnés. Ceux-ci ne pourront pas échapper à la sanction en prétendant qu'ils n'ont fait qu'agir selon un ordre, alors que l'ordre était manifestement illégal.

Traditionnellement, on estimait que le subordonné qui avait commis le délit devrait encourir une responsabilité pénale pour avoir obéi à un ordre illégal :

- 1) s'il savait que l'ordre entraînait la commission du crime,
- 2) si l'ordre était manifestement illégal, et
- 3) s'il l'exécutait malgré cela.

La règle 11 du code de conduite des forces armées canadiennes explique ce qui suit :

Il faut obéir aux ordres. L'efficacité militaire dépend du respect immédiat des ordres. On peut affirmer qu'en pratique, les ordres que vous recevrez de vos supérieurs seront

légitimes, directs et nécessiteront peu d'éclaircissements. Que se passe-t-il, toutefois, si vous recevez un ordre que vous croyez discutable ? La première étape, bien entendu, consiste à obtenir des éclaircissements. Ensuite, si l'ordre apparaît toujours discutable, conformément aux coutumes militaires, vous devez tout de même obéir et l'exécuter – à moins que l'ordre ne soit manifestement illégitime.

Qu'est-ce qu'un ordre manifestement illégitime ? La jurisprudence et les publications spécialisées définissent un ordre manifestement illégal comme un ordre qui blesse la conscience de toute personne raisonnable et sensée et qui est, de toute évidence, condamnable. La jurisprudence évoque un ordre dont l'illégalité est flagrante et ne laisse place à aucun doute raisonnable.

La raison justifiant que l'on permette à un accusé d'invoquer, pour sa défense, l'obéissance aux ordres d'un supérieur était fondée sur le bon sens et le pragmatisme. Désobéir à un ordre peut aboutir au blâme, à la rétrogradation et même au tribunal militaire. Après tout, le premier devoir d'un soldat est d'obéir aux ordres de ses supérieurs. Par conséquent, en permettant à un subordonné d'invoquer cela pour sa défense, on reconnaît que, dans l'armée, les subordonnés ont peu de latitude – voire aucune – pour objecter aux ordres de leurs supérieurs⁸. En même temps, cependant, le critère de l'illégalité manifeste suppose qu'il existe des situations où les subordonnés devraient contester et non pas exécuter certains ordres qui, de par leur nature même, sortent du champ de ce qui est moralement et légalement autorisé.

Pour déterminer la responsabilité du subordonné, il est souvent indispensable de savoir si celui-ci était conscient que l'ordre entraînerait la commission d'un crime. Deux affaires datant d'après la Première Guerre mondiale illustrent ceci. Dans l'affaire *Dover Castle*, le commandant d'un sous-marin allemand, qui avait torpillé un navire-hôpital britannique, a invoqué avec succès pour sa défense l'exécution des ordres d'un supérieur, en faisant valoir que le gouvernement et l'amirauté allemands avaient émis des notes, signalant que les navires-hôpitaux étaient utilisés à des fins militaires en violation des lois de la guerre. Ainsi, le commandant ne savait pas que l'ordre était illégal, car les notes prétendaient que les navires étaient des cibles légitimes⁹.

En revanche, dans l'affaire *Llandoverly Castle*, deux subordonnés, qui avaient exécuté l'ordre du commandant de leur sous-marin d'ouvrir le feu sur les survivants du navire torpillé *Llandoverly Castle*, alors que ces derniers étaient dans leurs chaloupes de sauvetage, n'ont pas

⁸ Voir L. Oppenheim, *International Law: A treatise*, vol. 2, 6ème édition, 1940.

⁹ *Dover Castle*, 16 AJIL, 1921, 704.

pu invoquer l'obéissance aux ordres d'un supérieur. Dans ce cas, il a été estimé que l'ordre violait une règle universellement connue du droit international. Les subordonnés ne pouvaient donc pas prétendre ignorer que l'ordre était illégal¹⁰.

Dans la récente affaire *Finta*, la Cour suprême du Canada a décidé que le moyen de défense fondé sur les ordres d'un supérieur pouvait être invoqué dans certaines circonstances :

Les membres des forces militaires ou policières peuvent invoquer le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et celui de l'agent de la paix dans des poursuites pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Ces moyens de défense sont examinés en regard du critère de l'illégalité manifeste : ils ne peuvent être invoqués lorsque les ordres en question étaient manifestement illégaux. Même dans le cas où les ordres étaient manifestement illégaux, le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et celui de l'agent de la paix pourront être invoqués si l'accusé n'avait pas la liberté morale d'y obéir ou non. Il ne saurait y avoir liberté morale lorsque l'accusé voyait dans les ordres un élément de contrainte ou de menace telle qu'il n'avait d'autre choix que d'y obéir¹¹.

Le droit pénal international contemporain a d'abord éliminé la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur les ordres d'un supérieur. De fait, les statuts du TPIR et du TPIY ne prévoient qu'une la diminution de la peine : «Le fait qu'un accusé a agi en exécution d'un ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale mais peut être considéré comme un motif de diminution de la peine si le Tribunal international l'estime conforme à la justice».

La règle 155 de l'étude du CICR sur le droit coutumier mentionne également la responsabilité pénale et introduit le critère «aurait dû savoir» :

Le fait d'obéir à un ordre d'un supérieur hiérarchique n'exonère pas le subordonné de sa responsabilité pénale s'il savait que l'acte ordonné était illégal ou s'il aurait dû le savoir en raison du caractère manifestement illégal de l'acte ordonné¹².

Le Statut de la CPI, dans son article 33, est revenu à l'optique plus traditionnelle en autorisant apparemment le moyen de défense fondé sur les ordres d'un supérieur dans certaines circonstances :

¹⁰ *Llandovery Castle*, 16 AJIL, 1921, 708.

¹¹ *R v. Finta*, 1994, 1 SCR, 701, Court Suprême du Canada.

¹² Henckaerts et Doswald-Beck, voir note 3 ci-dessus.

1. Le fait qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été commis sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, n'exonère pas la personne qui l'a commis de sa responsabilité pénale, à moins que :
 - a) Cette personne n'ait eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur en question ;
 - b) Cette personne n'ait pas su que l'ordre était illégal ; et
 - c) L'ordre n'ait pas été manifestement illégal.
2. Aux fins du présent article, l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal.

Les conditions sont cumulatives et il sera impossible d'invoquer le moyen de défense fondé sur les ordres d'un supérieur si l'ordre est manifestement illégal.

Il est intéressant de constater qu'aux fins du Statut de la CPI, l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal, ce qui n'est pas précisé expressément en ce qui concerne l'ordre de commettre un crime de guerre. Cela est sans doute dû à la complexité de la guerre asymétrique moderne, qui fait intervenir des myriades d'acteurs et des combattants peu conventionnels, estompant souvent la distinction entre combattants et civils.

Par ailleurs, la règle 154 de l'étude du CICR sur le droit coutumier souligne que «tout combattant a le devoir de désobéir à un ordre qui est manifestement illégal».

Il paraît donc établi que le fait de suivre et d'exécuter sciemment des ordres manifestement illégaux est lui-même illégal. En termes d'efficacité des sanctions pour violations du DIH, est-il acceptable de permettre aux personnes accusées d'invoquer pour leur défense l'obéissance aux ordres d'un supérieur en vue d'une exonération de leur responsabilité pénale ? Ou ce moyen de défense devrait-il être irrecevable, les arguments de l'accusé fondés sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur n'étant pris en considération que pour une diminution de la peine ? Faudrait-il se fixer pour critère que le subordonné savait que l'ordre lui-même était manifestement illégal, ou est-il plus dissuasif de baisser la barre en ayant seulement pour critère que le subordonné savait que l'ordre était simplement (et non pas manifestement) illégal ? Si l'on se réfère à l'article 33.2 du Statut de la CPI, existe-t-il des situations où il n'est pas manifestement illégal de donner l'ordre de commettre un crime de guerre ?

Évoquons un scénario possible. Une jeune recrue de 18 ans, qui accomplit sa première période de service, reçoit d'un colonel l'ordre de tuer des villageois désarmés. Il semble

évident qu'il s'agit d'un ordre manifestement illégal. Mais, que se passerait-il si le subordonné recevait l'ordre de tuer des membres de la guérilla qui se mêleraient à la population civile, sans que l'on puisse les distinguer ? Comment cette jeune recrue pourrait-elle apprécier la situation et prendre une décision en son âme et conscience ? Si elle n'exécute pas l'ordre, cela risque de causer des pertes dans son propre camp et elle sera probablement punie pour avoir désobéi ; si elle l'exécute, elle peut commettre un crime de guerre.

Existe-t-il des mesures à prendre pour faire en sorte que les subordonnés a) aient une formation suffisante pour comprendre qu'ils ont l'obligation de désobéir à un ordre manifestement illégal, b) disposent des informations nécessaires pour savoir qu'un ordre est manifestement illégal, et c) ne soient pas exposés à des situations similaires à celle de la recrue de 18 ans ? Faut-il mettre l'accent sur la formation des supérieurs plutôt que des subordonnés ? En définitive, le concept de responsabilité du commandement revient-il à faire en sorte que les commandants ne donnent que des ordres licites, empêchent et sanctionnent activement les violations du DIH, et soient sanctionnés s'ils ne le font pas ?