

Juger les plus hauts responsables pour crimes sexuels à la Cour pénale internationale : l'utilité de la responsabilité par omission à la lumière de la décision de la chambre de première instance dans l'affaire *Bemba*

Moussa Bienvenu Haba and Fannie Lafontaine

Special Issue, December 2017

Études de certains grands enjeux de la justice internationale pénale

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1056225ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1056225ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bienvenu Haba, M. & Lafontaine, F. (2017). Juger les plus hauts responsables pour crimes sexuels à la Cour pénale internationale : l'utilité de la responsabilité par omission à la lumière de la décision de la chambre de première instance dans l'affaire *Bemba*. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 73–100. <https://doi.org/10.7202/1056225ar>

Article abstract

This article analyzes the interaction between the different modes of liability and the repression of sexual crimes at the International Criminal Court (ICC). More specifically, it seeks to demonstrate the inherent difficulties in establishing criminal liability of senior officials (senior political and military officials) for sexual crimes pursuant to the modes of action provided by article 25 (3) of the *Rome Statute*, especially the joint action and residual complicity of article 25 (3) (d). In the ICC's experience, meeting the stringent objective and subjective requirements of these modes of action has frequently constituted a bottleneck for the effective repression of sexual crimes. In light of the decision of the Trial Chamber in the *Bemba* case, this contribution emphasises the role that can play the responsibility of the immediate supervisor in establishing the liability of higher officials that are on the Court's radar.

JUGER LES PLUS HAUTS RESPONSABLES POUR CRIMES SEXUELS À LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE : L'UTILITÉ DE LA RESPONSABILITÉ PAR OMISSION À LA LUMIÈRE DE LA DÉCISION DE LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE DANS L'AFFAIRE *BEMBA*

*Moussa Bienvenu Haba et Fannie Lafontaine**

Note de la rédaction : Cet article a été rédigé avant la publication de l'arrêt de la Cour pénale internationale dans l'affaire *Bemba* le 8 juin 2018.

Cet article analyse de façon générale l'interaction entre les modes de responsabilité et la répression des crimes sexuels à la Cour pénale internationale (CPI). Plus précisément, il tente de montrer les difficultés inhérentes à l'établissement de la responsabilité pénale des hauts responsables (hauts dirigeants politiques et militaires) pour des crimes sexuels en vertu des modes d'action prévus à l'article 25 (3) du *Statut de Rome* de la CPI, principalement la coaction et la complicité résiduelle de l'article 25 (3) (d). De l'expérience de la CPI, la satisfaction des critères objectifs et subjectifs exigeants de ces modes d'action a souvent constitué un goulot d'étranglement pour la répression effective des crimes sexuels. Partant, à la lumière de la décision de la Chambre de première instance dans l'affaire *Bemba*, la présente contribution met en exergue le rôle que peut jouer la responsabilité du supérieur hiérarchique pour établir la culpabilité des plus hauts responsables qui sont dans le collimateur de la Cour.

This article analyzes the interaction between the different modes of liability and the repression of sexual crimes at the International Criminal Court (ICC). More specifically, it seeks to demonstrate the inherent difficulties in establishing criminal liability of senior officials (senior political and military officials) for sexual crimes pursuant to the modes of action provided by article 25 (3) of the *Rome Statute*, especially the joint action and residual complicity of article 25 (3) (d). In the ICC's experience, meeting the stringent objective and subjective requirements of these modes of action has frequently constituted a bottleneck for the effective repression of sexual crimes. In light of the decision of the Trial Chamber in the *Bemba* case, this contribution emphasises the role that can play the responsibility of the immediate supervisor in establishing the liability of higher officials that are on the Court's radar.

Este artículo analiza de modo general la interacción entre los modos de responsabilidad y la represión de los crímenes sexuales en la Corte penal internacional (CPI). Más precisamente, intenta mostrar las dificultades inherentes al establecimiento de la responsabilidad penal de los altos responsables (altos dirigentes políticos y militares) para crímenes sexuales en virtud de los modos de acción previstos al artículo 25 (3) del *Estatuto de Roma* de la CPI, principalmente la coacción y la complicidad residual del artículo 25 (3) (d). La experiencia de la CPI, la satisfacción de los criterios objetivos y subjetivos de estos modos de acción constituyó a menudo un cuello de botella para la represión efectiva de los crímenes sexuales. Por lo tanto, a la luz de la decisión de la Sala de Primera Instancia en el asunto *Bemba*, la contribución presente pone de relieve el papel que puede jugar la responsabilidad del superior jerárquico para establecer la culpabilidad de los responsables más altos que están en el punto de mira de la Corte.

* Respectivement candidat au doctorat, chercheur à la Chaire de recherche du Canada sur la justice internationale pénale et les droits fondamentaux et chargé de cours, Université Laval et Professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval, titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur la justice internationale pénale et les droits fondamentaux et directrice du Partenariat canadien pour la justice internationale (CRSH). Les auteurs remercient Titine Pétronie Kouendze Ingoba pour son aide précieuse à l'édition de cet article.

Le 21 mars 2016, la chambre de première instance III de la Cour pénale internationale (CPI) a reconnu Jean-Pierre Bemba Gombo coupable de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre. Sa responsabilité pénale a été retenue en tant que supérieur hiérarchique pour les meurtres, viols et pillages commis par les forces sous son autorité et son contrôle effectifs¹. Ce jugement constitue un précédent majeur dans la jurisprudence de la CPI, car il consacre la première reconnaissance de culpabilité pour viols. Faudrait-il y voir l'impact du mode de responsabilité retenu contre l'accusé, à savoir la responsabilité du supérieur hiérarchique (RSH) ?

Cet article analyse de façon générale l'interaction entre les modes de responsabilité et la répression des crimes sexuels à la CPI. Plus précisément, il tente de montrer les difficultés inhérentes à l'établissement de la responsabilité pénale des hauts responsables (hauts dirigeants politiques et militaires) pour des crimes sexuels en vertu des modes d'action prévus à l'article 25 (3) du *Statut de Rome* de la CPI, principalement la coaction et la complicité résiduelle de l'article 25 (3) (d). De l'expérience de la CPI, la satisfaction des critères objectifs et subjectifs exigeants de ces modes d'action a souvent constitué un goulot d'étranglement pour la répression effective des crimes sexuels.

Partant, à la lumière de l'affaire *Bemba*, la présente contribution met en exergue le rôle que peut jouer la responsabilité du supérieur hiérarchique pour établir la culpabilité des plus hauts responsables qui sont dans le collimateur de la Cour. Elle offre d'abord à titre de mise en contexte certains éléments importants pour l'analyse, soit un rappel des procédures de l'affaire *Bemba*, une brève présentation du régime juridique sexospécifique de la CPI et des limites de son application en pratique, une discussion des mythes et des hésitations qui constituent des obstacles à la répression des crimes de nature sexuelle et un préambule quant à l'importance et pertinence de la RSH pour la répression des crimes sexuels (1). Ensuite, à la lumière de l'affaire *Bemba*, elle analyse certains éléments objectifs (2) et subjectifs (3) de la RSH dans une perspective comparée avec les éléments constitutifs des principaux modes discutés dans les affaires menées à terme à la CPI et comprenant des crimes sexuels, à savoir la coaction et la complicité résiduelle prévue à l'article 25 (3) (d).

I. Mise en contexte : la lente reconnaissance des crimes de nature sexuelle et les obstacles persistants

A. Rappel de la procédure de l'affaire *Bemba*

Jean Pierre Bemba Gombo était le commandant en chef de l'armée de libération du Congo (ALC), branche armée du mouvement de libération du Congo

¹ *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05- 01/08, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (21 mars 2016) au para 752 (CPI, Chambre de 1^{ère} instance), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_08547.PDF> [*Bemba*, Jugement].

(MLC) dont il était le président². Entre le 26 octobre 2002 et le 15 mars 2003, il fit déployer trois bataillons de l'ALC (environ 1500 hommes) en République centrafricaine (RCA), à la demande du président de la RCA d'alors, Ange Félix Patassé, aux prises avec une rébellion³. Durant cette intervention, les troupes de l'ALC auraient commis de nombreux actes de pillage, de viol et de meurtre⁴. Le 10 juin 2008, la chambre préliminaire III de la CPI a délivré un mandat d'arrêt contre Bemba pour crimes contre l'humanité (viol, torture et meurtre) et pour crimes de guerre (viol, torture, atteinte à la dignité, meurtre et pillage) en tant que coauteur indirect⁵. À la phase de confirmation des charges, les juges ont ajourné l'audience et demandé au procureur d'envisager la modification du mode de responsabilité, car au regard de la preuve la RSH semblait selon eux la plus pertinente⁶. Ce faisant, les charges de meurtre, de viol et de pillage furent confirmées en vertu de la RSH le 15 juin 2009⁷. Finalement, Bemba a été reconnu coupable en tant que supérieur hiérarchique de toutes les charges susmentionnées⁸ et condamné à dix-huit ans de prison⁹. L'accusé a fait appel de sa condamnation et de la peine qu'on lui a imposée, la Procureure a fait de même pour la peine. Les audiences devant la Chambre d'appel se sont déroulées en janvier 2018 et les arguments des parties concernent notamment la nature et l'interprétation de la RSH¹⁰.

Le caractère unique du jugement *Bemba*, au regard de la culpabilité pour les crimes de viol, montre les limites de la mise en œuvre du régime juridique pourtant favorable mis en place par la CPI pour la répression des crimes sexuels.

² *Ibid* aux para 380, 384.

³ CPI, *Fiche d'information sur l'affaire Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/0, à la p 1, en ligne <<https://www.icc-cpi.int/car/bemba/Documents/bembaFra.pdf>>.

⁴ *Ibid*.

⁵ *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo remplaçant le mandat d'arrêt décerné le 23 mai 2008 (10 juin 2008) au para 45 et Dispositif (CPI, Chambre préliminaire), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_03389.PDF> [*Bemba*, mandat d'arrêt].

⁶ *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) au para 49 (CPI, Chambre préliminaire), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_01669.PDF>.

⁷ *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) aux para 195-196 et dispositif (CPI, Chambre préliminaire), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_05978.PDF> [*Bemba*, confirmation des charges].

⁸ *Bemba*, jugement, *supra* note 1 au para 752.

⁹ *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) au para 97 (CPI, Chambre de 1^{ère} instance), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_24792.PDF> [*Bemba*, sentence].

¹⁰ Les documents soumis par les parties et les transcriptions des audiences peuvent être consultés en ligne : <<https://www.icc-cpi.int/car/bemba?ln=fr#icc-timeline>>. Les arguments en appel ne sont pas considérés dans cet article.

B. Le régime juridique sexospécifique de la CPI et ses limites dans la pratique

La CPI consacre un développement juridique significatif pour la répression des crimes sexuels. En effet, le *Statut de Rome* de la CPI¹¹ contient la plus longue liste de crimes sexuels constitutifs de crimes contre l'humanité¹² ou de crimes de guerre¹³. De façon plus significative, il est prévu des clauses résiduelles permettant d'élargir cette palette des infractions à caractère sexuel¹⁴. Aussi, les violences sexuelles peuvent être constitutives de génocide¹⁵. Au-delà des incriminations, il est prévu des aménagements procéduraux et techniques adaptés et favorables à la poursuite des crimes sexuels. Il en est ainsi notamment de l'exigence faite aux organes de la CPI de prendre des mesures tendant à la protection des victimes et témoins des violences sexuelles en particulier et à faciliter la participation desdites victimes à la procédure¹⁶, de l'existence de règles particulières d'administration de la preuve relative aux crimes sexuels¹⁷ et de la création de l'Unité des violences sexistes et des violences contre les enfants au sein du Bureau du Procureur¹⁸.

Sur le plan des poursuites, ce mandat d'action contre les violences sexuelles semble être mis en œuvre. En effet, sur les onze situations font l'objet d'enquêtes devant la CPI, neuf¹⁹ contiennent des charges relatives à des crimes sexuels (soit 80 %). De façon plus explicite, en date de mars 2018, sur les vingt-trois affaires relatives aux crimes de l'article 5 du *Statut de Rome*, quinze²⁰ contiennent des charges crimes sexuels (soit plus de 65 %).

¹¹ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1 juillet 2002) [*Statut de Rome*].

¹² *Ibid*, art 7(1)(g) (« viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée »).

¹³ *Ibid*, art 8(2)(b)(xxii) et art 8(2) (e) (vi) (« viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée »).

¹⁴ *Ibid*, article 7(1)(g) *in fine*: « toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable »; article 8(2)(b)(xxii) *in fine*: « toute autre forme de violence sexuelle constituant une infraction grave aux Conventions de Genève »; et art 8(2)(e)(vi) *in fine*: « toute autre forme de violence sexuelle constituant une violation grave de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève ».

¹⁵ Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *Éléments des crimes*, New York, 3-10 septembre 2002, art 6 (b) note de bas de page 2.

¹⁶ Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11 article 68 (1-2); *Règlement de procédure et de preuve*, 3-10 septembre 2002, New York, Documents officiels de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 1^{re} session, ICC-ASP/1/3 et Corr.1, Règle 16 (1) (d).

¹⁷ *Ibid*, Règles 63, 70-72 et 112 (4).

¹⁸ Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale, *Règlement du Bureau du Procureur*, La Haye, 23 avril 2009, Norme 6 (a) [*Règlement BDP*].

¹⁹ Il s'agit des situations en Ouganda, en République démocratique du Congo, en République Centrafricaine (I et II), au Darfour (Soudan), au Kenya, en Côte d'Ivoire et au Mali.

²⁰ Il s'agit des affaires contre : Joseph Kony et Vincent Otti (ICC-02/04-01/05) ; Dominic Ongwen (ICC-02/04-01/15) ; Germain Katanga (ICC-01/04-01/07) ; Mathieu Ngujolo Chui (ICC-01/04-02/12) ; Callixte Mbarushimana (ICC-01/04-01/10) ; Sylvestre Mudacumura (ICC-01/04-01/12) ; Bosco Ntaganda (ICC-01/04-02/06) ; Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/0) ; Omar Hassan Ahmad Al Bashir (ICC-02/05-01/09) ; Ahmad Muhammad Harun et Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (ICC-02/05-01/07) ; Abdel Raheem Muhammad Hussein (ICC-02/05-01/12) ; Uhuru Muigai Kenyatta (ICC-01/09-02/11) ; Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé (ICC-02/11-01/15) et Simone Gbagbo (ICC-02/11-01/12) ; Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud (ICC-01/12-01/18).

Toutefois, si la tendance de confirmation des charges de violences sexuelles s'est améliorée ces dernières années²¹, le bilan en termes de condamnation est peu reluisant. En fait, depuis l'entrée en vigueur du *Statut de Rome* en 2002, sur les trois affaires comprenant des charges de crimes sexuels conclues par un jugement définitif²², seul le jugement *Bemba* a consacré un verdict de culpabilité pour crimes sexuels. Les deux autres affaires se sont conclues par des acquittements soit pour toutes les charges²³, soit uniquement pour celles relatives aux crimes sexuels²⁴. Cette difficulté à traduire en termes de condamnation le mandat sexospécifique dévolu à la CPI s'explique par la persistance devant les juridictions pénales internationales des obstacles résultant de la nature spécifique des crimes sexuels.

C. Mythes et hésitations quant aux crimes sexuels : obstacles à la répression

Les crimes sexuels, notamment commis pendant les conflits armés, ont longtemps été considérés comme des infractions de gravité mineure. La banalisation de ces crimes a été soutenue au moins par deux mythes persistants. Le premier consiste à les considérer comme des « actes privés » résultants des comportements opportunistes de soldats renégats²⁵. Tandis que le second considère la commission des crimes sexuels inévitable en temps de conflit armé²⁶. Ces mythes semblent avoir un impact sur l'approche de traitement des crimes sexuels par les juridictions pénales internationales

²¹ En 2013, l'ONG Women's Initiatives for Gender Justice constatait que sur 9 jugements de confirmation des charges, 19 des 32 charges de crimes sexuels n'avaient pas atteint la phase de procès. Ce qui fait un taux de confirmation des charges sexuelles de près de 41 %. À la suite des décisions de confirmation des charges dans les affaires *Ntaganda* et *Gbagbo*, ce taux est passé à 61 % en 2014, avec la confirmation de 25 des 41 charges de crimes sexuels. Cette tendance s'est encore améliorée avec la confirmation des charges sexuelles dans les affaires *Blé Goudé* et surtout *Ongwen*. Voir, Women's Initiatives for Gender Justice, *Gender report card on the International Criminal Court 2013*, 31 octobre 2013, à la p 73, en ligne <<http://iccwomen.org/documents/Gender-Report-Card-on-the-ICC-2013.pdf>>; Women's Initiatives for Gender Justice, *Gender report card on the International Criminal Court 2014*, décembre 2014, à la p 112, en ligne <<http://iccwomen.org/documents/Gender-Report-Card-on-the-ICC-2014.pdf>>; *Le Procureur c Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-02/11, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé (11 décembre 2014) au para 194 (CPI, Chambre préliminaire), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_05444.PDF> [*Blé Goudé*]; *Le Procureur c Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen (23 mars 2016) aux para 112, 115, 117, 119, 122, 124, 139-140 (CPI, Chambre préliminaire), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_06162.PDF> [*Ongwen*, confirmation des charges].

²² Il s'agit des affaires *Ngudjolo*, *Katanga* et *Bemba*.

²³ Mathieu Ngudjolo Chui a été acquitté de toutes les charges portées contre lui, y compris viols et réduction en esclavage sexuel. Voir, *Le Procureur c Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (18 décembre 2012) au para 503 (CPI, Chambre de 1^{ère} instance), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_10249.PDF>.

²⁴ Germain Katanga a été acquitté pour les deux charges de crimes sexuels confirmées contre lui (viols et réduction en esclavage sexuel). Voir, *Le Procureur contre Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (7 mars 2014) aux para 1664, 1693 et Dispositif (CPI, Chambre de 1^{ère} instance), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_02618.PDF> [*Katanga*, Jugement].

²⁵ Patricia Viseur Sellers, « Individual(s) Liability for Collective Sexual Violence » dans Karen Knop, dir, *Gender and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 153 aux pp 189-190.

²⁶ *Ibid* à la p 189.

et expliquent les obstacles qui minent leur répression.

Rappelons tout d'abord que les tribunaux militaires internationaux institués à Nuremberg et à Tokyo au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale ont largement ignoré les nombreux crimes sexuels commis durant le conflit²⁷. Les tribunaux pénaux internationaux (TPI) *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda (TPI *ad hoc*) ont également eu au début de leur fonctionnement une tendance à concentrer leurs enquêtes sur d'autres crimes jugés plus graves²⁸. La CPI n'a pas échappé à cette tendance. Dans sa toute première affaire (*Lubanga*), le procureur a décidé de se concentrer sur le seul crime d'enrôlement, de conscription et de participation active aux hostilités d'enfants de moins de quinze ans²⁹, au détriment des autres crimes, mais en particulier des crimes sexuels, dont la commission était pourtant intrinsèquement liée au seul crime retenu contre le suspect³⁰.

De plus, l'omission d'incriminer les crimes sexuels en tant que tels et l'application effective d'un standard de preuve plus élevé pour ces crimes constituent des obstacles à relever en phase de poursuite et de procès.

En effet, pour que la répression des violences sexuelles soit satisfaisante, elle doit avoir lieu sous les chefs de crimes sexuels³¹. Si l'absence de sélection des chefs de crimes sexuels par les TPI *ad hoc* pouvait s'expliquer en partie par les limites de leurs statuts³², cette excuse ne vaut pas pour la CPI, dont le cadre juridique permet la

²⁷ Les statuts des TMI ne prévoyaient pas le viol et les autres crimes sexuels. De ce fait, il n'y a pas eu de charges explicites relatives aux crimes sexuels contre les accusés. Toutefois, les preuves de violences sexuelles ont parfois servi à établir d'autres crimes tels que la torture, traitements inhumains, mauvais traitements et atteinte à l'honneur de la famille. Voir, Kelly D. Askin, « Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under international Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles » (2003) 21 Berkeley J Int'l L 288 aux pp 301-302; Diane Lupig « Investigation and Prosecution of Sexual and gender-Based Crimes before the international Criminal Court » (2009) 17:2 Journal of Gender, Social Policy & Law 431 aux pp 437-441.

²⁸ Peggy Kuo « Prosecuting crimes of sexual Violence in an International Tribunal » (2002) 34 Case Western Reserve Journal of International Law 305 aux pp 310-311 (l'auteure cite notamment les propos de certains enquêteurs du TPIY à cette époque : « *I've got ten dead bodies, how do I have time for rape? That's not as important* »); Margaret M. deGuzman « Giving Priority to Sex Crimes Prosecutions: The Philosophical Foundations of a Feminist Agenda » (2011) 11 Int'l Crim L Rev 515 aux pp 517-519.

²⁹ Voir, *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (14 mars 2012) au para 1 (CPI, Chambre de 1^{ère} instance), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_08207.PDF> [*Lubanga*, Jugement].

³⁰ Les enfants soldats étaient victimes de violences sexuelles de la part des autres membres de leur groupe armé, qui était présidé par Lubanga. Voir *Le Procureur c Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda (9 juin 2014) aux para 76-81 (CPI, Chambre préliminaire), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_04750.PDF> [*Ntaganda*]; *Lubanga*, Jugement, *supra* note 29 au para 16.

³¹ Voir à cet effet, Valerie Oosterveld, « Sexual Violence Directed against Men and Boys in Armed Conflict or Mass Atrocity: Addressing a Gendered Harm in International Criminal Tribunals » (2014) 10 Journal of International Law and International Relations 107 à la p 112 (« *The better approach is to charge rape as rape, in addition to other forms of harm if the rape also fulfills the elements of crime for those other forms. When rape is categorized solely under non-rape categories, the sexual nature of the harm is obscured and therefore potentially lost when determining liability* »).

³² Seul le viol était expressément incriminé par les statuts du TPIY et du TPIR, justifiant parfois la répression des autres violences sexuelles sous d'autres crimes. *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, Rés CS 808/1993, Doc Off CSNU, 3175e séance (22 février 1993), art 5 (g);

poursuite des crimes sexuels en tant que tels. Bien que ce cadre favorable existe dans le *Statut de Rome*, il est important de noter que certaines chambres de la CPI sont réticentes à qualifier d'« autres formes de violence sexuelle » des faits au caractère sexuel pourtant parfois non équivoque. Il en a été ainsi du rejet par les juges de la qualification de violence sexuelle au profit d'actes inhumains pour les actes de circoncision forcée dans l'affaire *Kenyatta*³³; tout comme de la substitution, dans l'affaire *Bemba*, de la qualification d'atteinte à la dignité à celle d'« autre forme de violence sexuelle » pour des faits de nudité forcée et publique³⁴, cela à rebours de l'évolution de la jurisprudence internationale³⁵.

En ce qui a trait au standard de preuve appliqué aux crimes sexuels, on remarque que les juges internationaux semblent parfois exiger un niveau de preuve plus élevé que celui requis pour les crimes non sexuels pour imputer ces crimes à de hauts responsables. L'expérience des TPI *ad hoc* tendait ainsi à confirmer un double standard dans le traitement des crimes sexuels, quel que soit le mode de responsabilité discuté³⁶.

En effet, s'agissant de l'ordre, si la jurisprudence TPI *ad hoc* admettait de façon générale qu'un ordre de commettre des crimes peut être déduit des circonstances, y compris des actes et omissions de l'accusé³⁷, les juges exigeaient parfois pour les crimes sexuels la preuve d'un ordre exprès ou la présence de l'accusé pendant la commission desdits crimes³⁸.

Les violences sexuelles subissaient un traitement différent également lorsque l'instigation était le mode de responsabilité discuté. En fait, ce mode ne requiert pas que soit prouvé que le crime n'aurait pas été commis sans l'intervention de l'accusé. Il suffit de démontrer que l'incitation a été un élément déterminant du comportement

Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Rés. CS 955/1994, Doc off CS NU, 3454e séance (8 novembre 1994), art 3 (g) et art 4(e).

³³ Cette décision est d'autant plus surprenante qu'elle intervient dans un contexte doctrinal où il est admis que les violences sexuelles contre les victimes de sexe masculin ne se résument pas au viol, mais peuvent prendre la forme de mutilations génitales. Voir *Le Procureur c Francis Kirimi Muthaura et consorts*, ICC-01/09-02/11, Decision on the confirmation of charges pursuant to article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute (23 janvier 2012) aux para 260, 265-266 et 270 (CPI, chambre préliminaire), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_01006.PDF>; Voir *contra* Dustin A. Lewis, « Unrecognized victims: sexual violence against men in conflict settings under international law » (2009) 27 *Wis Int'l LJ* 1, aux pp 12-13; Sandesh Sivakumaran, « Sexual violence against men in armed conflict » (2007) 18 *EJIL* 253 aux pp 256-258.

³⁴ *Bemba* : mandat d'arrêt, supra note 5 aux para 39-40, 62-63.

³⁵ Voir *Le Procureur c Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, jugement (2 septembre 1998) au para 688 (TPIR, Chambre de 1^{ère} instance), en ligne : CPI <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>.

³⁶ Voir Catharine A. MacKinnon, « The ICTR's Legacy on Sexual Violence » (2008) 14:2 *New England Journal of International and Comparative Law* 211 à la p 215; Susana SáCouto et Katherine Cleary, « The Importance of Effective Investigation of Sexual Violence and Gender-Based crimes at the International Criminal Court » (2009) 17:2 *Am U J Gender Soc Pol'y & L* 337 aux pp 353-358 [SáCouto et Cleary].

³⁷ *Le Procureur c Stanislav Galić*, IT-98-29-A, Arrêt (30 novembre 2006) aux para 171, 177-178 (TPIY, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.icty.org/x/cases/galic/acjug/fr/gal-acjud061130f.pdf>>.

³⁸ *Le Procureur c Juvénal Kajelijeli*, ICTR-98-44, Jugement et sentence (1^{er} décembre 2003) aux para 681-683, 922-923 (Chambre de 1^{ère} instance), en ligne : TPIR <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-98-44a/trial-judgements/fr/031201f.pdf>> [Kajelijeli].

d'une autre personne qui a commis le crime ; les déclarations publiques et la fonction de l'accusé pouvant notamment être pertinentes à cette fin³⁹. Au contraire, pour les crimes sexuels, il a parfois été exigé de prouver que l'incitation avait concouru substantiellement à la commission des crimes, au-delà notamment des déclarations publiques explicites de l'accusé et de sa fonction de maire⁴⁰.

La tendance des juges des TPI *ad hoc* à exiger un niveau de preuve plus élevé pour imputer des crimes sexuels à des auteurs indirects émerge également à travers l'application de la RSH. En effet, s'il était établi que la connaissance effective du supérieur pouvait également être prouvée par des preuves indirectes⁴¹, il est arrivé que soit exigée en matière de crimes sexuels une connaissance directe par le supérieur de la commission de crimes par ses subordonnés, et notamment que soit requise la preuve d'ordres donnés ou la présence du supérieur sur les lieux de perpétration des crimes⁴².

Le recours à l'entreprise criminelle commune (ECC) a permis de pallier cette lacune originelle des TPI *ad hoc* dans l'établissement de la responsabilité pénale des hauts dirigeants pour des crimes sexuels. En effet, l'ECC, par ailleurs amplement critiquée⁴³, a servi à imputer aux hauts responsables politiques et militaires les crimes sexuels commis par des « exécutants » sans requérir un standard plus élevé de preuve : ces crimes étaient souvent considérés comme une conséquence prévisible de la mise en

³⁹ Voir *Le Procureur c Dario Kordić et Mario Čerkez*, IT-95-14/2-A, Arrêt (17 décembre 2004) au para 21 (TPIY, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/fr/aj-041217f.pdf>; *Le Procureur c Radoslav Brđanin*, IT-99-36-T, Jugement (1^{er} septembre 2004) aux para 355, 360, 577 et 1054 (TPIY, Chambre de 1^{re} instance), en ligne <<http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/fr/brd-tj040901f.pdf>> (les juges ont retenu la responsabilité de l'accusé pour incitation, notamment pour les crimes de persécution et de transfert forcé, en se fondant principalement sur ses multiples déclarations publiques incendiaires et discriminatoires et sur son rôle dans l'organe de direction qui prenait les décisions concernant le désarmement, le licenciement et le déplacement de non-serbes).

⁴⁰ *Le Procureur c Sylvestre Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-A, Arrêt (7 juillet 2006) aux para 131 et 138 (TPIR, Chambre d'appel), en ligne : TPIR <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-01-64/appeals-chamber-judgements/fr/060707.pdf>>.

⁴¹ Ce sont notamment : le nombre, le type, la portée et la durée de commission des actes illégaux, le nombre et le type de soldats qui y ont participé, les moyens logistiques éventuellement mis en œuvre, leur caractère généralisé et le *modus operandi* d'actes illégaux similaires. Voir *Le Procureur c Zejnil Delalić et consorts*, IT-96-21-T, Jugement (16 novembre 1998) au para 386 (TPIY, Chambre de 1^{re} instance), en ligne : TPIY <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/fr/981116.pdf>>; *Le Procureur c Ignace Bagilishima*, ICTR-95-1A-T, Jugement (7 juin 2001) aux para 967-972 (TPIR, Chambre de 1^{re} instance), en ligne : TPIR <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-95-1a/trial-judgements/fr/010607_0.pdf>.

⁴² Voir *Kajelijeli*, supra note 38 aux para 922, 924, 937-938. Voir également SáCouto et Cleary, supra note 36 à la p 357; Patricia Wildermuth et Petra Kneuer « Addressing the Challenges to Prosecution of Sexual Violence Crimes before International Tribunals and Courts » dans Morten Bergsmo, Alf Butenschön et Elisabeth J. Wood, dir, *Understanding and Proving International Sex Crimes*, Beijing, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, 65 à la p 131.

⁴³ Voir Jens David Ohlin, « Three Conceptual Problems with the Doctrine of the Joint Criminal Enterprise » (2007) 5 *Journal of International Criminal Justice* 69 aux pp 78-88; Antonio Cassese, « The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise » (2007) 5 *Journal of International Criminal Justice* 109 aux pp 114-123; Stefano Manacorda et Chantal Meloni, « Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law » (2011) 9 *Journal of International Criminal Justice* 159 aux pp 165-167.

œuvre de cette entreprise criminelle commune⁴⁴.

La situation est différente à la CPI, car l'ECC n'y est pas consacrée⁴⁵. Ainsi, le recours aux modes d'action prévus par le *Statut de Rome*, comme nous le verrons dans cet article, complique davantage les exigences de preuves relatives à la responsabilité pénale des hauts responsables pour les crimes sexuels matériellement commis par des exécutants. Ce qui renforce la pertinence de la RSH dans le cadre de la CPI.

D. Importance et pertinence de la RSH pour la répression des crimes sexuels

La RSH permet d'imputer la responsabilité des crimes commis par des subordonnés à une personne en position d'autorité qui a manqué à son obligation de contrôle. Ainsi, la RSH est par essence même un instrument de prévention, surtout pour les crimes sexuels. En effet, la résolution 1820 du Conseil de Sécurité des Nations Unies considère expressément la RSH comme un moyen de lutte et de prévention des violences sexuelles pendant les conflits armés⁴⁶. Cela repose sur le rôle clef de supervision que jouent les supérieurs à l'égard des forces sous leur contrôle, car ce sont eux qui ont la responsabilité ultime de s'assurer que leurs subordonnés ne commettent pas de crimes sexuels⁴⁷.

En effet, comme le rappelle l'étude d'Elisabeth J. Wood, les crimes sexuels ne sont pas inévitables, notamment dans les conflits armés⁴⁸, et la probabilité de leur survenance ou non repose en grande partie sur l'attitude des supérieurs⁴⁹. Le fait que certains groupes armés ne commettent pas de crimes sexuels renforcerait davantage la

⁴⁴ Voir, *Le Procureur c Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Jugement (24 mars 2016) aux para 3512-3524 (TPIY, Chambre de 1^{re} instance), en ligne : TPIY <http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement.pdf>; *Le Procureur c Biljana Plavšić*, IT-00-39 & 40/1-S, Jugement portant condamnation (27 février 2003) aux para 120, 123 et 126 (TPIY, Chambre de 1^{re} instance), en ligne : TPIY <<http://www.icty.org/x/cases/plavsic/tjug/fr/pla-sj030227f.pdf>>; *Le Procureur c Mičo Stanišić*, IT-08-91-IT, Jugement (27 mars 2013) aux para 533, 770 et 776 (TPIY, Chambre de 1^{re} instance), en ligne : TPIY <http://www.icty.org/x/cases/zupljanin_stanismic/tjug/fr/130327-2.pdf>; *Le Procureur c Édouard Karemera*, ICTR-98-44-T, jugement portant condamnation (2 février 2012) aux para 1670 et 1682 (TPIR, Chambre de 1^{re} instance), en ligne : TPIR <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict9-97-24/trial-judgements/fr/120202.pdf>>.

⁴⁵ Voir, *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Décision sur la confirmation des charges (29 janvier 2007) aux para 329-330, 334-338 (CPI, Chambre préliminaire), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2007_01338.PDF> [*Lubanga*, Confirmation des charges]; *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Décision relative à la confirmation des charges (30 septembre 2008) aux para 480-486 (CPI, Chambre préliminaire), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_06431.PDF> [*Katanga et Chui*].

⁴⁶ *Les femmes et la paix et la sécurité*, Rés CS 1820, Doc off CS NU, 63^e année, 5916^e séance, Doc NU S/RES/1820 (2008) au para 3.

⁴⁷ Linnea Kortfält, « Sexual Violence and the relevance of the Doctrine of Superior Responsibility – in the light of the Katanga judgment at the ICC » (2015) 84 *Nordic J Int'l L* 1 à la p 16 [Kortfält].

⁴⁸ Elisabeth J. Wood, « Rape During War is not Inevitable: Variation in Wartime Sexual Violence » dans Morten Bergsmo, Alf Butenschon Skre et Elisabeth J. Wood, dir, *Understanding and Proving International sex Crimes*, Beijing, TOAEP, 2012, 389.

⁴⁹ *Ibid* à la p 391.

pertinence d'engager la responsabilité des commandants dont les troupes en commettent⁵⁰. Le faible taux de prévalence des crimes sexuels dans un groupe armé reposerait sur la répulsion institutionnelle de ces crimes (recrutement et formation militaire prenant en compte l'interdiction de ces crimes) et sur la mise en œuvre disciplinaire effective de celle-ci au sein de ce groupe⁵¹. Ainsi, la poursuite des commandants pour les crimes sexuels commis par leurs subordonnés renforce le rejet institutionnel de ces crimes, par le biais de l'interdiction et de la sanction effectives⁵².

En plus d'être importante pour la prévention des crimes sexuels, la RSH est également pertinente pour établir efficacement la responsabilité pénale des hauts dirigeants à la CPI. Cette pertinence résulte, comme on va le voir, des difficultés de mise en œuvre des modes principaux discutés à la CPI dans les affaires comprenant des crimes sexuels. Les exigences des éléments objectifs et subjectifs de ces modes influent négativement sur l'imputabilité des crimes sexuels à de hauts dirigeants qui n'ont pas matériellement commis lesdits crimes et n'étaient pas présents sur les lieux de leur commission. Cela est d'autant plus inquiétant que la grande majorité des personnes poursuivies devant la CPI sont de hauts responsables en position d'autorité, qui auraient ordonné ou organisé la commission des crimes internationaux⁵³. Partant, au regard du contexte de commission des crimes impliquant ces hauts responsables, le recours à la RSH est plus que pertinent pour établir efficacement la responsabilité pénale de ces auteurs indirects, car elle est à certains égards moins exigeante que les modes d'action de l'article 25 (3) du *Statut de Rome*.

Ainsi, pour mieux relever la pertinence de la RSH dans la répression effective des crimes sexuels à l'encontre des hauts responsables, nous allons, à la lumière de l'affaire *Bemba*, analyser certains éléments objectifs et subjectifs de la RSH dans une perspective comparée avec les éléments constitutifs des principaux modes discutés dans les affaires menées à terme à la CPI et comprenant des crimes sexuels, à savoir la coaction et la complicité résiduelle prévue à l'article 25 (3) (d) du *Statut de Rome*.

II. Pertinence de la RSH au regard de ses exigences objectives

Selon *Statut de Rome*, la RSH exige au plan objectif (*actus reus*) les éléments suivants : le lien de subordination entre le supérieur et les auteurs matériels des crimes en cause, le défaut de prise de mesures nécessaires et raisonnables afin d'empêcher, de réprimer ou d'en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuite

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.* à la p 407.

⁵² *Ibid.* aux pp 417-418.

⁵³ Voir Bureau du Procureur de la CPI (BDP), *Rapport sur les activités mises en œuvre au cours des trois premières années : juin 2003-juin 2006*, La Haye, 12 septembre 2006 aux para 3 (a-b) et 57, en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D76A5D89-FB64-47A9-9821-725747378AB2/143681/OTP_3yearreport20060914_French.pdf>; BDP, *Stratégie en matière de poursuites 2009-2012*, La Haye, 1^{er} février 2010, au para 19, en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281895/Strategieenmatieredepoursuites_20092012.pdf>; *Règlement BDP*, *supra* note 18, Norme 34 (1).

et le lien de causalité⁵⁴ entre la commission des crimes et le fait que le supérieur n'ait pas exercé le contrôle qui convenait⁵⁵. Le contrôle effectif du supérieur sur les subordonnés est l'élément central pour établir l'existence d'une relation supérieur/subordonné. Il repose sur la preuve de la capacité matérielle du supérieur à empêcher ou à réprimer l'exécution des crimes par ses subordonnés ou d'en référer aux autorités compétentes⁵⁶.

Le contrôle effectif sur les subordonnés va nous servir de balise sous ce chapitre pour mettre en lumière les impacts sur la répression des crimes sexuels de deux éléments objectifs de la coaction, caractéristiques du contrôle sur le crime : l'exigence d'un plan commun et le contrôle sur l'auteur matériel des crimes (coaction indirecte).

A. Contrôle effectif vs contrôle sur le crime : de l'exigence du plan commun

La coaction, comme les autres modes de commission, exige que le défendeur dispose d'un contrôle sur le crime. Caractéristique de la criminalité de groupe, la coaction repose sur la prémisse que chacun des membres du groupe (coauteurs) apporte une contribution essentielle à la réalisation du crime résultant du plan commun convenu entre eux⁵⁷. Ainsi, le contrôle sur le crime est partagé par les coauteurs, en ce sens que chacun d'eux peut compromettre la commission du crime s'il n'exécutait pas la tâche qui lui est assignée en vue de la réalisation de l'infraction⁵⁸. Partant, le test de contrôle sous la coaction a trait à la contribution du coauteur à la réalisation du plan commun dont la mise en œuvre entraîne la commission du crime international.

Ce lien entre le plan commun et la commission de crimes peut poser des difficultés lorsqu'il s'agit des crimes sexuels. En effet, s'il est établi que le plan commun entre les coauteurs n'a pas à être intrinsèquement criminel, il doit tout au moins comprendre un élément essentiel de criminalité, à savoir que sa mise en œuvre emportait un risque suffisant que dans le cours normal des événements, un crime soit commis⁵⁹. Ainsi, le plan commun doit impliquer explicitement ou implicitement la commission du crime reproché à l'accusé⁶⁰. À l'exception de situations particulières

⁵⁴ Cette exigence est plus explicite dans la version anglaise que française. Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 28 (a et b) (« as a result of his or her failure »). Elle est l'objet de débats contentieux dans l'appel du verdict dans l'affaire *Bemba* : *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Order in relation to the conduct of the hearing before the Appeals Chamber, ICC-01/05-01/08-3579, Chambre d'appel, ordonnance (27 novembre 2017) à la p 6, en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_06989.PDF> [Chambre d'appel, ordonnance]

⁵⁵ Voir *Bemba*, confirmation des charges, *supra* note 7 au para 407.

⁵⁶ Voir *Bemba*, Jugement, *supra* note 1 au para 183 ; *Le Procureur c Ferdinand Nahimana*, ICTR-99-52-A, Arrêt (28 novembre 2007) au para 785 (TPIR, Chambre d'appel), en ligne : TPIR <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-99-52/appeals-chamber-judgements/fr/071128.pdf>>.

⁵⁷ *Lubanga*, Confirmation des charges, *supra* note 45 au para 347.

⁵⁸ *Ibid* au para 342.

⁵⁹ *Lubanga*, Jugement, *supra* note 29 au para 984.

⁶⁰ *Le Procureur c William Samoei Ruto et consorts*, ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute (23 janvier 2012) au para 301 (CPI, Chambre préliminaire), en ligne : CPI <<https://www.legal-tools.org/doc/96c3e2/pdf>>.

(notamment la commission à grande échelle de crimes sexuels par des coauteurs, ou des ordres exprès), il est souvent difficile d'établir que le plan commun liant de hauts dirigeants impliquait la commission de crimes sexuels. En fait, la majeure partie des plans communs liant de hauts dirigeants ont pour but la conquête ou le maintien au pouvoir, parfois par l'usage de la force contre des civils. Dans ce cas de figure, à la différence des autres crimes internationaux, il demeure difficile de prouver que la commission de violences sexuelles constitue un élément du plan, ou une conséquence quasi inéluctable de sa mise en œuvre.

Il n'est pas fortuit de rappeler que dans les affaires *Lubanga* et *Al Madhi*, où la culpabilité des accusés a été établie en vertu de la coaction, la commission des crimes poursuivis était étroitement liée au plan commun. En fait, dans l'affaire *Lubanga*, le plan commun entre l'accusé, président d'une organisation politico-militaire et ses coauteurs consistait à mettre sur pied une armée efficace afin d'assurer à leur organisation le contrôle politique et militaire de la province de l'Ituri en RDC⁶¹. Dans le cours normal des événements, la mise en œuvre de ce plan a eu pour conséquence la conscription, l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans et leur utilisation pour les faire participer activement aux hostilités⁶². Qui plus est, l'accusé avait visité des camps où ces jeunes recrues étaient formées et avait dans sa garde rapprochée de très jeunes enfants soldats⁶³.

Plus encore, dans l'affaire *Al Madhi*, le plan commun consistant à attaquer les mausolées et mosquées de Tombouctou était criminel en soit, et l'accusé a supervisé l'attaque et participé personnellement à la destruction de certains monuments⁶⁴.

Dans la même logique, en se référant à trois affaires récentes (*Ntaganda*, *Ongwen* et *Gbagbo*), dans lesquelles les juges ont établi que les crimes sexuels résultaient directement ou indirectement de la mise en œuvre du plan commun convenu par les coauteurs, la différence de traitement entre les dirigeants de haut rang et ceux de rang intermédiaire mérite d'être relevée et analysée. Dans les affaires *Ntaganda* et *Ongwen*, les suspects étaient des chefs militaires de groupes armés qui avaient aussi des fonctions opérationnelles, se caractérisant par la conduite des opérations militaires sur le terrain. Ainsi, leur présence sur les lieux de commission des crimes sexuels par leurs subordonnés, la commission desdits crimes par eux-mêmes, l'ordre qu'ils ont donné à leurs subordonnés pour la commission de violence sexuelle, ou encore l'existence au sein de leurs groupes armés d'un système d'enlèvements et de réduction en esclavage sexuel des filles, ont été des éléments pertinents permettant aux juges de conclure à l'unanimité que les crimes sexuels étaient un élément explicite ou implicite du plan commun⁶⁵.

⁶¹ *Lubanga*, Jugement, *supra* note 29 au para 1136.

⁶² *Ibid* au para 1136.

⁶³ *Ibid* aux para 1277-1278.

⁶⁴ *Le Procureur c Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Jugement portant condamnation (27 septembre 2016) aux para 36-37, 53-54 (CPI, Chambre de 1^{re} instance), en ligne : CPI <<https://www.legal-tools.org/doc/325d90/pdf>>.

⁶⁵ *Ongwen*, Confirmation des charges, *supra* note 21 aux para 67-68, 104, 137-138; *Ntaganda*, *supra* note 30 aux para 49, 81-82-105, 110-112, 123-124.

Par contre dans l'affaire *Gbagbo*, la décision prise à la majorité par la chambre préliminaire établissant que le plan commun emportait la commission de crimes, y compris sexuels, paraît discutable et justifie l'absence d'unanimité entre les juges. En effet, la chambre a confirmé l'existence d'un plan commun entre le président Gbagbo et son entourage immédiat visant à conserver le pouvoir par tous les moyens, y compris par l'emploi de la force contre des civils⁶⁶. Cette conclusion est déduite notamment des réunions entre Gbagbo et les autres hauts dirigeants politiques et militaires du pays et des déclarations publiques des présumés coauteurs relatives à la mobilisation pour la défense de la république, de l'ordre et de la paix, dans une situation de crise politique et de conflit armé⁶⁷. Ce faisant, la commission d'actes de violence contre les civils (notamment les meurtres, les viols, et les autres traitements inhumains) par les forces loyales à Gbagbo a été considérée comme un élément criminel inhérent au plan commun⁶⁸. La juge Christine Van den Wyngaert, dans sa dissidence⁶⁹, a mis en doute la pertinence de cette conclusion de la majorité. Elle a soutenu que la preuve du procureur ne permettait pas de conclure que le plan commun allégué comprenait explicitement la commission des crimes contre des civils⁷⁰. De même, elle ne lui apparaissait pas prévisible que des meurtres et des viols adviendraient dans le cours normal des événements⁷¹. Les péripéties de l'accusation dans cette affaire⁷² semblent soutenir le bien-fondé de cette dissidence de la juge Van den Wyngaert et mettent davantage en lumière les difficultés à lier, en dehors des circonstances exceptionnelles, des hauts dirigeants à un plan commun comprenant un élément de criminalité. Au-delà du risque général pour l'imputation de tous les crimes à l'accusé dans cette affaire, le cas des viols est encore plus inquiétant, en ce sens que leur lien avec le plan commun paraît encore moins évident.

⁶⁶ *Le Procureur c Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo (12 juin 2014) au para 231 (CPI, Chambre préliminaire), en ligne : CPI <https://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/doc1783399_03.pdf> [*Gbagbo*, Confirmation des charges].

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Le Procureur c Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo (12 juin 2014), Opinion dissidente de la juge Christine Van den Wyngaert, en ligne : CPI <<https://www.legal-tools.org/doc/d1ac89/pdf>> [*Dissidence de la juge Van den Wyngaert*].

⁷⁰ *Ibid* au para 5.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² À la phase préliminaire, les juges avaient ajourné l'audience de confirmation des charges et demandé au procureur d'étoffer sa preuve, car celle-ci n'était pas suffisante et claire pour conduire la Chambre à y inférer les actions ou conduites reprochés au suspect. Plus récemment, au terme de la présentation de la preuve de l'accusation, la Chambre de 1^{ère} instance a ordonné au procureur de fournir un mémoire expliquant de quelle manière la preuve présentée supporte chacun des éléments des différents crimes et les modes de responsabilité retenus contre les accusés Gbagbo et Blé Goudé. Ce qui en d'autres mots signifie que le dossier de l'accusation paraît encore imprécis pour les juges. Voir *Le Procureur c Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61 (7) (c) (i) of the Rome Statute (3 juin 2013) aux para 16, 36-37 (CPI, Chambre préliminaire), en ligne : CPI <<https://www.legal-tools.org/doc/2682d8/pdf>>; *Le Procureur c Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15, Order on the further conduct of the proceedings (9 février 2018) aux para 10-13 (CPI, Chambre de 1^{ère} instance), en ligne : CPI <https://www.icc-pi.int/CourtRecords/CR2018_00949.PDF>.

Partant, si ultimement la coaction n'est pas prouvée hors de tout doute raisonnable, les juges seraient amenés à se rabattre sur les deux modes accessoires confirmés par la chambre préliminaire, à savoir l'ordre, la sollicitation et l'encouragement, et la contribution de toute autre manière à la commission d'un crime par un groupe de personnes agissant de concert⁷³. L'imputation à Gbagbo des crimes sexuels en vertu de ces deux modes de complicité ne semble pas aisée non plus.

En effet, à la confirmation des charges, l'ordre ou l'incitation de commettre les crimes (y compris les viols) avaient été inférés notamment des ordres donnés par Gbagbo en matière de maintien de l'ordre, de déploiement de l'armée dans un quartier en proie à une insurrection armée, ou de l'encouragement des jeunes à se joindre aux forces loyales pour défendre la nation contre une rébellion armée⁷⁴. La juge C. Van den Wyngaert s'est dissociée également de cette position majoritaire, car selon elle la preuve ne permettait pas de conclure que Gbagbo a ordonné ou encouragé explicitement ou implicitement les crimes commis contre les civils par ses supposés partisans⁷⁵. Cette dissidence à une étape de la procédure où la norme de preuve est moins élevée constitue une véritable alerte sur le sort de l'imputabilité pour les viols au terme du jugement. En fait, au regard de l'expérience des TPI *ad hoc* évoquée précédemment, les juges internationaux semblent réticents à inférer des preuves circonstancielles l'ordre, la sollicitation ou l'encouragement à commettre des crimes sexuels. Qui plus, est dans le cas présent les ordres et encouragements en cause ne sont pas explicitement criminels par nature.

S'agissant de la contribution au crime d'un groupe agissant de concert, ce mode maintient l'exigence de la preuve d'un plan commun. En fait, la notion de « groupe de personnes agissant de concert dans la poursuite d'un dessein commun » a été interprétée à la lumière du plan commun requis par la coaction⁷⁶. Partant, il faudrait établir que les auteurs des crimes imputables à Gbagbo ont agi dans le cadre d'un dessein commun, et que les crimes commis faisaient partie de ce dessein⁷⁷. Ce qui peut constituer une tâche ardue pour imputer à Gbagbo les viols commis par ses partisans.

Au regard de ces difficultés de la coaction et des deux modes accessoires, la non-confirmation des charges contre Gbagbo en vertu de la RSH⁷⁸ constitue une limite qui pourrait être réhabilitaire aux crimes de viol dans cette affaire. La RSH aurait été un mode pertinent en l'espèce, car elle permet de contourner l'exigence du plan commun.

En effet, le contrôle effectif du supérieur hiérarchique requis par la RSH porte sur les subordonnés et non sur les crimes commis par ceux-ci. La RSH ne requiert pas l'existence d'un plan commun ni une contribution (encore moins essentielle) du

⁷³ *Gbagbo*, Confirmation des charges, *supra* note 66 aux para 251, 259.

⁷⁴ *Ibid* aux para 244-247.

⁷⁵ *Dissidence de la juge Van den Wyngaert*, *supra* note 69 au para 7.

⁷⁶ Voir *Le Procureur c Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Décision relative à la confirmation des charges (16 décembre 2011) au para 271 (CPI, Chambre préliminaire), en ligne : CPI <<https://www.legal-tools.org/doc/059b5d/pdf/>> [*Mbarushimana*]; *Katanga*, Jugement, *supra* note 24 au para 1629.

⁷⁷ *Ibid* au para 1630.

⁷⁸ Voir *Gbagbo*, Confirmation des charges, *supra* note 66 au para 265.

supérieur à la commission des crimes par ses subordonnés. Le test de contrôle dans la RSH ne se rapporte donc pas au lien entre le supérieur et le crime commis en tant que tel. Ainsi, le fait que les crimes des subordonnés soient ou non liés (directement ou indirectement) à un éventuel plan commun n'influe pas sur la responsabilité pénale du supérieur, celle-ci demeure tant qu'il est prouvé qu'il avait un contrôle effectif sur les subordonnés en cause et qu'il a manqué à ses obligations de prévention et de répression.

Dans le jugement *Bemba*, les juges de la Chambre de 1^{ère} instance de la CPI sont parvenus à la conclusion que Bemba, en tant que personne faisant effectivement fonction de chef militaire, exerçait une autorité et un contrôle effectifs sur les troupes de l'ALC ayant commis les crimes, y compris les viols, lors de leur déploiement en RCA⁷⁹. Pour ce faire, la chambre a d'abord établi que l'accusé avait une autorité et un contrôle effectifs sur le MLC et l'ALC de façon générale, en prenant en compte notamment ses fonctions au sein de ladite organisation, ses pouvoirs en matière de promotion et de sanction, son contrôle sur le financement de l'organisation et sa capacité à donner des ordres opérationnels de nature militaire⁸⁰. Ensuite, s'agissant du contingent déployé en RCA et auteur des crimes, la chambre a conclu qu'il était demeuré sous le contrôle effectif de l'accusé, car ce dernier a conservé le commandement du contingent en RCA, notamment ses pouvoirs de donner des ordres opérationnels, de décider des matières disciplinaires et des affaires extérieures et de décider du retrait des troupes en RCA⁸¹. La satisfaction de cette exigence a permis, sous réserve des autres critères de la RSH, d'imputer à Bemba les crimes commis par ses subordonnés, y compris les viols.

Ce test du contrôle effectif sur les subordonnés serait également plus aisé à établir dans l'affaire *Gbagbo*, à la différence de l'exigence du plan commun requis par la coaction. En effet, pendant la période de commission des crimes, l'accusé en tant que président de la République était également le commandant suprême des forces de défense et de sécurité de son pays. Ainsi, comme le précise la juge Van den Wyngaert les crimes commis (y compris les viols) par les membres des forces de défense et de sécurité ou par les miliciens et mercenaires agissant dans les structures de commandement desdites forces peuvent être imputés à Gbagbo en tant que supérieur hiérarchique, compte tenu également de sa connaissance de ces crimes et de son manquement à prendre des mesures nécessaires pour assurer leur répression⁸².

De ce qui précède, il ressort que le recours à la RSH permet de contourner les difficultés de prouver que les crimes sexuels résultent directement ou indirectement du plan commun impliquant de hauts responsables politiques et militaires.

⁷⁹ *Bemba*, Jugement, *supra* note 1 au para 705.

⁸⁰ *Ibid* au para 697

⁸¹ *Ibid* aux para 700-704.

⁸² *Dissidence de la juge Van den Wyngaert*, *supra* note 69 au para 11.

B. Contrôle effectif vs contrôle sur le crime : du contrôle sur l'auteur matériel des crimes

La coaction indirecte permet d'établir la responsabilité d'une personne pour avoir conjointement commis un crime perpétré par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs personnes, ou d'une organisation⁸³. Ce mode complexe regroupe les éléments constitutifs tant de la coaction que de la commission indirecte. Notre analyse du test de contrôle sur le crime sous la coaction indirecte va donc principalement porter sur la relation entre le coauteur indirect et l'intermédiaire, qui a physiquement commis le crime.

Dans la commission indirecte, le test porte sur l'étendue du contrôle détenu par le suspect (véritable « auteur derrière l'auteur »⁸⁴) sur la volonté de l'auteur matériel des crimes. Il est rempli s'il est prouvé que l'auteur principal (auteur intellectuel) a utilisé l'exécutant (auteur matériel ou direct) comme un simple instrument ou outil pour commettre le crime⁸⁵. De ce rapport entre l'auteur principal et l'auteur matériel, il ressort que le premier détient le contrôle sur le crime, car par son contrôle sur la volonté du second il décide de la commission ou non de l'acte criminel. La commission indirecte peut également s'appliquer en présence d'un appareil de pouvoir organisé et hiérarchisé. C'est le cas lorsque l'auteur principal exerce un contrôle sur cet appareil, de telle sorte que ses décisions (notamment de commettre des crimes) soient exécutées avec automaticité par les membres de l'organisation⁸⁶. La responsabilité pénale ne peut être imputable qu'aux responsables de l'organisation qui exercent un contrôle et une réelle autorité sur l'organisation, dont la structure garantit le caractère fongible et interchangeable des exécutants⁸⁷. Ainsi, le supérieur n'a pas à contrôler la volonté de chacun des exécutants ; mais par son contrôle sur l'organisation, il s'assure de l'exécution des ordres émis, peu importe l'identité de l'exécutant.

Ce type de contrôle sur une organisation peut se rapprocher de celui exigé pour le supérieur hiérarchique, car il est aussi fondé sur des relations entre supérieurs et subordonnés⁸⁸. Toutefois, il est important de relever que le contrôle sur l'organisation requis pour établir la responsabilité du supérieur en tant qu'auteur indirect doit permettre de conclure que ce dernier « n'ordonne pas simplement la commission d'un crime, mais, en vertu du contrôle qu'il exerce sur cette organisation, il décide fondamentalement si l'infraction sera commise et comment elle le sera »⁸⁹. Ce contrôle porte donc fondamentalement sur le crime et doit être entendu comme exigeant de l'auteur indirect qu'il utilise au minimum une partie de l'appareil de pouvoir qui lui est subordonné afin de l'orienter, intentionnellement, vers la commission d'un crime, et ce sans avoir à laisser à l'un de ses subordonnés le pouvoir de décider ou non de

⁸³ *Katanga et Chui*, *supra* note 45 au para 491.

⁸⁴ *Ibid* au para 496.

⁸⁵ *Katanga*, Jugement, *supra* note 24 au para 1402.

⁸⁶ *Ibid* aux para 1403-1412.

⁸⁷ *Ibid* aux para 1408, 1411.

⁸⁸ *Katanga et Chui*, *supra* note 45 au para 512.

⁸⁹ *Ibid* au para 518.

l'exécution du crime⁹⁰. Ce critère peut s'avérer très compliqué à établir, et avoir ultimement une incidence négative sur l'imputabilité des crimes sexuels à de hauts responsables, comme l'a révélé le jugement *Katanga*.

En effet, amenée à se prononcer sur la responsabilité de Katanga en tant que coauteur indirect des crimes commis (y compris viols, esclavage sexuel⁹¹) par des membres de la milice dont il était le « Président », la chambre de 1^{ère} de la CPI a conclu que le test du contrôle sur l'organisation n'était pas rempli⁹². La chambre a constaté que les preuves n'établissaient pas au-delà de tout doute raisonnable que « Germain Katanga était investi [...] d'un pouvoir hiérarchique effectif *sur tous les commandants et les combattants de la milice* » [nos italiques]⁹³. En fait, la chambre avait au préalable examiné dans quelle mesure le contrôle exercé par Katanga sur la milice s'étendait : (1) à tous les domaines de la vie militaire (2) à tous les commandants (3) à tous les combattants et (4) à tous les camps de l'organisation, de telle sorte que l'accusé puisse être vu comme détenant un commandement ou une autorité centralisés⁹⁴. Cette conclusion a été ultimement préjudiciable aux crimes sexuels.

Après avoir conclu à l'absence de contrôle de l'accusé sur la milice tel que requis par la coaction indirecte, les juges ont requalifié le mode de responsable pour retenir la complicité résiduelle de l'article 25 (3) (d) du *Statut de Rome*⁹⁵. La mise en œuvre de ce dernier mode a conduit à l'acquittement de Katanga pour tous les chefs de crimes sexuels pour absence de *mens rea* comme nous le verrons plus tard. Le recours à la RSH aurait pu conduire à un sort différent pour les crimes sexuels.

Si le mode de responsabilité plaidé était la RSH, la chambre se serait demandé simplement si l'accusé est pénalement responsable en vertu de son manquement à prévenir, punir ou reporter aux autorités compétentes les crimes de ses subordonnés, tant qu'il dispose de la capacité matérielle à cette fin. Ainsi, il n'y aurait aucune pertinence pour la chambre de se demander si Katanga avait autorité sur tous les aspects de la vie militaire de la milice, sur tous les commandants, encore moins sur tous les combattants et tous les camps⁹⁶. Il aurait fallu établir qu'il avait un contrôle effectif sur les membres de sa milice qui ont commis les crimes. Ainsi, son contrôle effectif sur les auteurs des crimes de viol et d'esclavage sexuel aurait été suffisant pour établir sa responsabilité pénale en tant que supérieur hiérarchique. Par ailleurs, l'existence même de plusieurs autres responsables ou commandants (notamment intermédiaires) dans la milice n'aurait eu aucun impact sur l'imputabilité de la RSH à l'accusé, tant que ce dernier dispose d'un contrôle effectif sur les subordonnés auteurs des crimes. En effet, la RSH ne requiert pas que le supérieur exerce seul ou de façon exclusive l'autorité et le contrôle sur les forces qui ont commis les crimes, de telle sorte que plusieurs supérieurs hiérarchiques peuvent être tenus responsables en même temps d'actes

⁹⁰ *Katanga*, Jugement, *supra* note 24 au para 1411.

⁹¹ *Ibid* aux para 999, 1023.

⁹² *Ibid* au para 1420.

⁹³ *Ibid* au para 1365.

⁹⁴ *Ibid* aux para 1339-1364; Voir aussi, *Kortfält*, *supra* note 47 à la p 23.

⁹⁵ *Katanga*, Jugement, *supra* note 24 aux para 1421, 1423 et 1596.

⁹⁶ *Kortfält*, *supra* note 47 à la p 23.

commis par des subordonnés⁹⁷. Partant, le recours à la RSH aurait probablement conduit à une issue différente pour les crimes sexuels dans l'affaire *Katanga*. Qui plus est, la RSH ne requiert pas, contrairement à la coaction, la preuve du contrôle de la volonté criminelle des subordonnés par les coauteurs indirects. Ce qui rend non pertinent la nature du crime commis ultimement par les subordonnés, qu'il s'agisse de meurtre, torture ou de crimes sexuels, tant que sont également établis la connaissance et le manquement du supérieur à prendre des mesures nécessaires et raisonnables à l'encontre de ses subordonnés.

De ce qui précède, il ressort d'une part que les éléments matériels du mode principalement utilisé (la coaction) par la procureure de la CPI pour établir la responsabilité pénale des hauts dirigeants présentent des difficultés quand il s'agit en particulier des crimes sexuels, et d'autre part que le recours à la RSH permet de contourner ces obstacles, car ses éléments matériels semblent plus aisés à établir.

Par ailleurs, plus que les éléments matériels, les éléments subjectifs de la RSH rendent encore plus pertinent le recours à ce mode pour la répression des crimes sexuels à l'égard des hauts dirigeants poursuivis par la CPI.

III. Pertinence de la RSH au regard de ses éléments subjectifs

L'une des difficultés majeures pour la répression des crimes sexuels à la CPI est de prouver l'élément mental des hauts dirigeants qui ne sont pas des auteurs matériels de ces crimes. À ce titre, la *mens rea* plus souple de la RSH renforce l'utilité de ce principe de responsabilité dans la répression des crimes sexuels. Ainsi, nous allons présenter les éléments subjectifs de la RSH et ensuite faire une comparaison avec la *mens rea* de la coaction et de la complicité de l'article 25 (3) (d) du *Statut de Rome*.

A. Les éléments subjectifs de la RSH

À la différence des TPI *ad hoc*, les exigences de la *mens rea* requises pour la responsabilité du supérieur hiérarchique en vertu du *Statut de Rome* varient selon qu'il s'agisse d'un supérieur militaire ou d'un supérieur civil.

Pour le supérieur militaire (*de jure* ou *de facto*), le *Statut de Rome* envisage deux normes de *mens rea*⁹⁸. La première se rapporte à la connaissance effective du supérieur (« savait »), tandis que la seconde renvoie à ce qui s'apparente à de la négligence coupable (« aurait dû savoir »).

⁹⁷ Voir *Bemba*, Jugement, *supra* note 1 au para 185; *Le Procureur c Vujadin Popović et consorts*, IT-05-88-A, Jugement (30 janvier 2015) au para 1892 (TPIY, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <http://www.icty.org/x/cases/popovic/acjug/en/150130_judgement.pdf>; *Le Procureur c Ildéphonse Nizéhimana*, ICTR-00-55C-A, Arrêt (29 septembre 2014) aux para 20, 346 (TPIR, Chambre d'appel), en ligne : TPIR <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-00-55c/appeals-chamber-judgements/fr/140929.pdf>>.

⁹⁸ *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 28(a)(i).

S'agissant de la connaissance effective, il faut prouver que le supérieur savait effectivement que ses subordonnés allaient commettre des crimes ou les ont commis. Cette connaissance effective ne se présume pas, elle doit être établie au moyen de preuves directes ou indirectes⁹⁹. Certains indices pertinents en l'espèce ont été cités dans le jugement *Bemba*¹⁰⁰.

Quant à la norme « aurait dû savoir », elle permet d'engager la responsabilité pénale du supérieur militaire sur la base d'une négligence coupable correspondant au manquement à ses obligations légales au titre du commandement responsable¹⁰¹. Cette norme alternative n'a pas connu encore d'application pratique dans la jurisprudence de la CPI¹⁰². Mais la chambre préliminaire dans l'affaire *Bemba* a donné quelques orientations. En fait, cette norme alternative de *mens rea* impliquerait une double obligation pour le supérieur militaire, qui consiste à mettre en place les mesures nécessaires pour s'informer sur le comportement de ses troupes et à se renseigner, indépendamment de la disponibilité ou non d'informations à ce moment-là, sur la commission du crime¹⁰³. Plus encore, elle s'appliquerait s'il est prouvé que le supérieur militaire a « simplement négligé de se renseigner sur le comportement illégal de ses subordonnés »¹⁰⁴. Cette dernière interprétation risque de heurter le principe de la culpabilité personnelle¹⁰⁵, surtout pour les infractions les plus graves¹⁰⁶.

Toutefois, la chambre préliminaire a précisé que les critères ou indices élaborés par les tribunaux *ad hoc* pour déterminer s'il est satisfait à la norme « avait des raisons de savoir » peuvent également se révéler utiles au moment d'appliquer la norme « aurait dû savoir »¹⁰⁷. Cette norme alternative du supérieur retenue par les TPI *ad hoc*

⁹⁹ *Bemba*, Jugement, *supra* note 1 au para 191.

¹⁰⁰ *Ibid* au para 193 (Ce sont notamment tout ordre de commettre des crimes ou le fait que l'accusé était personnellement informé que ses troupes étaient impliquées dans des activités criminelles, le nombre d'actes illégaux, leur nature, leur envergure, le lieu et le moment où ils ont été commis, ainsi que d'autres circonstances en vigueur au moment des faits, le type et le nombre de forces qui y ont participé, les moyens de communication disponibles, le mode opératoire d'actes similaires, l'importance et la nature de la place et de la responsabilité du chef militaire au sein de la hiérarchie, le lieu où il se trouvait au moment où les actes ont été accomplis et la notoriété de ces actes illégaux).

¹⁰¹ Olivier De Frouville, *Droit international pénal : Sources, incriminations et responsabilité*, Paris, Pedone, 2012 à la p 411.

¹⁰² Le jugement dans *Bemba* se fonde sur la connaissance effective : *Bemba*, Jugement, *supra* note 1 aux para 706-718; Voir également *Ibid* aux para 51-57. L'interprétation du critère de « aurait dû savoir » est l'un des points de discussion en appel : Chambre d'appel, Ordonnance, *supra* note 54 à la p 5.

¹⁰³ *Ibid*.

¹⁰⁴ *Bemba*, Confirmation des charges, *supra* note 7 au para 432.

¹⁰⁵ Voir Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2009 aux pp 210-211 [Mettraux]; Marie-Pierre Robert, « La responsabilité du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international » (2008) 49 C de D 413 aux pp 432-435, 441 [Robert]; Mirjan R. Damaska, « The Shadow Side of Command Responsibility » (2001) 49 Am J Comp L 455 aux pp 462-467.

¹⁰⁶ C'est notamment la raison pour laquelle le législateur canadien, pour se conformer à la norme constitutionnelle de *mens rea* subjective pour certains des crimes les plus graves, a créé dans la loi de mise en œuvre du *Statut de Rome* une infraction distincte de manquement à la responsabilité pour le chef militaire et autre supérieur. Voir *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 24, art 5 et 7; Fannie Lafontaine, *Prosecuting Genocide, crimes against Humanity and War Crimes in Canadian Courts*, Toronto, Carswell, 2012 aux pp 194-197; Robert, *supra* note 105 aux pp 435-436.

¹⁰⁷ *Ibid*.

ne couvrirait pas l'hypothèse du manquement du supérieur à s'informer des comportements criminels de ses subordonnés¹⁰⁸. En fait, elle ne s'appliquait que s'il est prouvé que le supérieur avait à sa disposition des informations particulières l'avertissant de la commission des crimes dont il n'a pas pris connaissance ou des informations générales connues de nature à mettre en garde contre d'éventuels agissements criminels de ses subordonnés¹⁰⁹. Ainsi, à la suite de cette suggestion de la chambre préliminaire de la CPI qui rejoint la position de la majorité de la doctrine¹¹⁰, la norme « aurait dû savoir » devrait s'appliquer dans l'hypothèse où il est établi que le supérieur militaire, en plus d'avoir manqué à son obligation de contrôler ses subordonnés avaient en sa possession des informations de nature à le mettre en garde contre d'éventuels agissements criminels de ceux-ci.

Le supérieur civil est également soumis à une double norme de *mens rea*¹¹¹. La première renvoie à la connaissance effective telle que requise pour le supérieur militaire. La seconde norme a trait à une « négligence délibérée » qui est différente de la « négligence coupable » retenue pour le supérieur militaire, malgré les incertitudes qui demeurent sur son interprétation. En effet, pour établir la *mens rea* minimale du supérieur civil, il faudrait d'une part prouver l'existence d'informations indiquant clairement que les subordonnés commettaient ou allaient commettre des crimes, et d'autre part, démontrer qu'il a délibérément négligé d'en tenir compte¹¹².

À la suite de cette présentation des normes de *mens rea* requises pour la RSH, nous allons les comparer avec les éléments subjectifs de deux modes d'action, pour mettre en évidence leurs impacts sur l'imputabilité des crimes sexuels aux hauts responsables.

¹⁰⁸ Voir *Le Procureur c Zejnil Delalić et consorts*, IT-96-21-A, Arrêt (20 février 2001) au para 226 (TPIY, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/fr/del-010220.pdf>> [Delalić, Arrêt] ; *Le Procureur c Tihomir Blaškić*, IT-95-14-A, Arrêt (29 juillet 2004) aux para 62-63 (TPIY, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/fr/bla-aj040729f.pdf>> ; *Le procureur c Ignace Bagilishema*, ITCR-95-1A-A, Arrêt (3 juillet 2002) aux para 35-37, (TPIR, Chambre d'appel), en ligne : TPIR <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict95-1a/appeals-chamber-judgements/fr/020703-1.pdf>>.

¹⁰⁹ Voir *Delalić*, Arrêt, *supra* note 108 aux para 238-239.

¹¹⁰ Voir Kai Ambos, « Superior Responsibility » dans, Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R.W. D. Jones, dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 823 aux pp 848-851; Mettraux, *supra* note 105 à la p 212; Roberta Arnold et Otto Triffterer « Article 28: Responsibility of commanders and other superiors » dans Otto Triffterer, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2^e Edition, München, C.H.Beck, 2008 à la p 1100.

¹¹¹ Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 28 (b) (i) (« savait » ou « a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement »).

¹¹² Alejandro Kiss, « Command Responsibility Under Article 28 of the Rome Statute » dans Carsten Stahn, dir, *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 608 aux pp 647-648; Cyril Laucci, « Article 28 : Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques » dans Julian Fernandez et Xavier Pacreau, dir, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : Commentaire article par article*, Tome I, Paris Pedone, 2012, 863 aux pp 883-884.

B. Les crimes sexuels et les exigences de *mens rea* du coauteur

Pour remplir la *mens rea* sous la coaction, le suspect doit : a) satisfaire aux éléments subjectifs des crimes qui lui sont reprochés ; b) savoir et admettre de façon partagée avec les autres coauteurs que la réalisation des éléments matériels des crimes peut résulter de la mise en œuvre du plan commun ; et c) connaître les circonstances de fait qui lui permettent d'exercer sur les crimes un contrôle conjoint avec les autres coauteurs¹¹³. Le second élément de la *mens rea* du coauteur (savoir et admettre de façon partagée avec les autres coauteurs que la réalisation des éléments matériels des crimes peut résulter de la mise en œuvre du plan commun) a constitué un obstacle pour établir la culpabilité des hauts responsables, notamment pour les crimes sexuels.

Cette exigence selon la jurisprudence de la CPI renvoie principalement à deux types de dol : le dol direct de 1^{er} degré et le dol direct de 2^e degré¹¹⁴. Dans le premier cas, le suspect veut ou souhaite délibérément parvenir au résultat prohibé¹¹⁵. La contribution du coauteur est ainsi apportée avec l'intention de provoquer la réalisation des éléments matériels du crime, notamment parce que celui-ci est par exemple clairement envisagé dans le plan commun. Dans le second cas (dol direct de 2^e degré), le suspect, sans avoir l'intention concrète de provoquer les éléments objectifs du crime, a conscience que de tels éléments résulteront nécessairement, presque inévitablement de ses actions ou omissions¹¹⁶. Il s'agit d'une quasi-inéluçabilité, d'une certitude virtuelle¹¹⁷. Cela se rapporte à l'hypothèse où, compte tenu des circonstances, les coauteurs sont conscients que dans la mise en œuvre du plan, des crimes adviendraient dans le cours normal des événements¹¹⁸.

En application de cette norme de *mens rea*, deux affaires ont mis en lumière les difficultés d'établir la responsabilité de hauts responsables, notamment pour les crimes sexuels.

En effet, dans l'affaire *Bemba*, les juges de la chambre préliminaire, ont, dans leur décision de confirmation des charges, conclu qu'il n'existait pas de preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que Bemba était conscient que les meurtres, viols et pillages adviendraient dans le cours normal des événements du fait de l'envoi des troupes de l'ALC en RCA et de leur maintien sur place¹¹⁹. Plus spécifiquement pour les viols, la chambre préliminaire a constaté qu'elle ne voyait pas de lien entre l'envoi de troupes en RCA et la perpétration des viols pouvant justifier la *mens rea* de Bemba en tant que coauteur¹²⁰.

Dans la même lignée, la décision de confirmation des charges dans l'affaire *Katanga et Chui* a aussi révélé les difficultés d'établir la *mens rea* des coauteurs pour

¹¹³ Voir *Lubanga*, Confirmation des charges, *supra* note 45 aux para 349-367.

¹¹⁴ Voir notamment, *Bemba*, Confirmation des charges, *supra* note 7 aux para 358-360.

¹¹⁵ Voir *Ibid* au para 358; *Lubanga*, Confirmation des charges, *supra* note 45 au para 351.

¹¹⁶ *Ibid* au para 352.

¹¹⁷ *Bemba*, Confirmation des charges, *supra* note 7 aux para 359, 362-363.

¹¹⁸ *Katanga et Chui*, *supra* note 45 au para 530.

¹¹⁹ *Bemba*, Confirmation des charges, *supra* note 7 au para 401.

¹²⁰ *Ibid* au para 378.

les crimes sexuels. Tout d'abord, la chambre préliminaire a établi que le crime de guerre d'atteinte à la dignité des femmes¹²¹ ne faisait pas partie du plan commun mis en place par les suspects ou qu'il ne résultait pas de la mise en œuvre du plan dans le cours normal des événements¹²². La non-confirmation de ce chef est en droite ligne avec la réticence des juges internationaux à considérer les crimes sexuels comme étant liés directement ou indirectement au plan commun, parfois au prix de raisonnements incohérents. En fait, la *mens rea* des suspects pour les autres crimes sexuels (viols et esclavage sexuel) a été établie principalement en vertu de preuves indirectes¹²³. Les juges ont paradoxalement considéré celles-ci non suffisantes pour établir le crime sexuel d'atteinte à la dignité, constitué en l'espèce par le fait d'obliger une femme capturée à se déshabiller et à marcher nue devant les soldats¹²⁴. Si, notamment lors des attaques passées, des miliciens relevant des suspects ont commis de façon répétée contre des femmes et filles capturées des violences sexuelles très graves (viols et esclavage sexuel), comment ne pas conclure que dans le cours normal des attaques par les mêmes miliciens, les suspects admettaient qu'ils puissent (moindrement) faire défiler nues leurs victimes féminines ?

Ensuite, dans la même décision de confirmation des charges, les charges de viol et d'esclavage sexuel n'ont été confirmées qu'à la majorité des juges et sur la base du dol direct de 2^e degré, c'est-à-dire que Katanga et Chui savaient que la commission de ces crimes sexuels adviendrait dans le cours normal des événements¹²⁵. À l'égard de cette décision de la majorité, la dissidence de la juge Anita Ušacka montre une fois de plus la complexité d'établir la *mens rea* des hauts dirigeants pour des crimes sexuels en vertu de la coaction. En effet, la juge Ušacka a rappelé la différence fondamentale qui existe entre le fait pour l'auteur de savoir sciemment que ses actes auront des conséquences certaines et celui de savoir qu'en adoptant un comportement donné, il prend un risque injustifiable de provoquer des conséquences préjudiciables¹²⁶. La première hypothèse étant celle retenue par la majorité¹²⁷, elle suggère son application stricte, tout en reconnaissant les difficultés qu'elle engendre pour les crimes sexuels :

Je conçois qu'il puisse être difficile pour l'Accusation d'obtenir des éléments

¹²¹ *Katanga et Chui*, *supra* note 45 aux para 373-377.

¹²² *Ibid* aux para 570-571.

¹²³ *Ibid* aux para 567-569, 576 et 580 (« le fait que les viols et réductions en esclavage de femmes et de jeunes filles constituaient des pratiques communes dans la région en cause, le fait que ces pratiques étaient largement reconnues par les soldats et commandants, le fait que les milices dirigées et utilisées par les suspects avaient lors d'attaques précédentes commis de façon répétée des viols sur la personne de femmes et de jeunes filles et les ont réduites en esclavage, le fait que les soldats aient été entraînés et vivaient dans des camps où ces pratiques étaient courantes, le fait que les suspects visitaient ces camps et recevaient aussi des rapports sur les opérations menées, le fait que les combattants connaissaient le sort réservé aux femmes et jeunes filles capturées et le fait que les suspects et les combattants connaissaient les camps et les commandants qui se livraient le plus souvent à ces pratiques », au para 568).

¹²⁴ *Ibid* aux para 373-377.

¹²⁵ *Ibid* aux para 576, 580.

¹²⁶ *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Décision relative à la confirmation des charges (30 septembre 2008), Annexe, opinion partiellement dissidente de la juge Anita Ušacka au para 22.

¹²⁷ *Ibid* aux para 10-12.

de preuve qui établiraient un lien direct entre un suspect et ce type de crimes lorsque sa responsabilité pénale est mise en cause en vertu de l'article 25- 3 -a du Statut sur la base de l'existence d'un plan commun. Je mesure l'ampleur de la charge qui incombe à l'Accusation, en application de l'article 30 du Statut, de prouver que les suspects soit entendaient que soient commis les crimes de viol et d'esclavage sexuel, lorsqu'elle ne les accuse pas d'être des auteurs directs de ces crimes, soit savaient que ces crimes adviendraient dans le cours normal des événements, lorsqu'elle mettait en cause leur responsabilité pénale, en vertu de l'article 25- 3 -a du Statut, pour avoir commis ces crimes par l'intermédiaire d'autres personnes. [...] Au vu des éléments de preuve produits, je ne suis pas « intimement convaincue » qu'il existe des motifs substantiels de croire que les suspects entendaient que les crimes de viol et d'esclavage sexuel soient inclus dans le plan commun consistant à attaquer le village de Bogoro le 24 février 2003. Selon moi, les éléments présentés ne suffisent pas à établir l'existence d'un lien direct ou étroit entre Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui et ces crimes.¹²⁸

Ces deux décisions caractéristiques de la difficulté à établir la *mens rea* des coauteurs pour les crimes sexuels n'auraient probablement pas eu les mêmes conclusions si la RSH avait été le mode retenu contre ces hauts dirigeants. En fait, l'exigence de *mens rea* dans la RSH requiert de prouver de façon directe ou indirecte que le supérieur savait que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre des crimes. Ce faisant, dans l'affaire *Bemba*, la chambre préliminaire, après avoir requalifié le mode de responsabilité, a établi la connaissance du suspect en vertu de la RSH en se fondant sur les mêmes éléments qu'elle avait considérés insuffisants au regard de la *mens rea* de la coaction. Ainsi, l'ampleur, la durée et le caractère notoire des actes illégaux ont conduit les juges à conclure que Bemba savait que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre des crimes, y compris des viols¹²⁹.

Par ailleurs, la connaissance a posteriori des crimes des subordonnés par le supérieur permet d'établir sa responsabilité en vertu de la RSH, s'il ne prend pas des mesures pour réprimer ou en référer aux autorités compétentes. Ce qui n'est pas le cas, rappelons-le, pour les modes de commission du *Statut de Rome*, notamment la coaction.

Aussi, à défaut de prouver la connaissance effective, il demeure plus aisé d'établir la norme minimale « aurait dû savoir » pour le supérieur militaire. En fait, il suffirait de prouver que, selon les circonstances, le supérieur militaire a manqué à son obligation de contrôle et avait en sa possession des informations de nature à le mettre en garde contre d'éventuels agissements criminels de ses subordonnés. Dans la même logique, la norme de négligence délibérée applicable au supérieur civil est moins exigeante que la *mens rea* requise pour la coaction.

À la lumière de ce qui précède, nous pouvons relever que le recours à la RSH peut être grandement pertinent pour établir la *mens rea* des hauts dirigeants pour les crimes sexuels lorsque la preuve permet difficilement de remplir les exigences strictes

¹²⁸ *Ibid* au para 28.

¹²⁹ *Bemba*, Confirmation des charges, *supra* note 7 aux para 485-489 ; Voir aussi, *Bemba*, Jugement, *supra* note 1, aux para 706-717.

de la coaction. De même, il n'est pas exagéré d'affirmer que le même constat s'impose concernant le mode de complicité prévu à l'article 25 (3) (d) du *Statut de Rome*, dont l'utilisation a aussi été préjudiciable à la répression des crimes sexuels à la CPI.

C. La répression des crimes sexuels et la difficile preuve de la *mens rea* du complice conformément à l'article 25 (3) (d) du Statut de Rome

Selon la jurisprudence de la CPI, l'art 25 (3) (d) du *Statut de Rome* est une forme résiduelle de responsabilité du complice qui permet de sanctionner les contributions au crime ne pouvant pas être considérées comme des ordres, des sollicitations, des encouragements, une aide, un concours ou une assistance au sens des alinéas b) ou c) de l'article 25 (3), en raison de l'état d'esprit dans lequel elles ont été apportées¹³⁰. En termes de *mens rea*, ce mode exige que la contribution du complice soit intentionnelle et selon le cas : i) vise à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe ou ii) être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre le crime¹³¹. Cette disposition recouvre donc deux éléments subjectifs : un plus général relatif à la contribution et l'autre plus spécifique se rapportant à l'une des exigences des alinéas (i) et (ii) de l'article 25 (3) (d) du *Statut de Rome*. Ainsi, pour établir la *mens rea* en vertu de ce mode, il faut démontrer que le complice entendait adopter le comportement qui constitue une contribution et, également, qu'il était conscient que ce comportement contribuait aux activités du groupe de personnes agissant de concert selon l'un des termes de l'alternative prévue aux alinéas (i) et (ii)¹³².

Dans le jugement *Katanga*, la chambre de 1^{ère} instance, après avoir requalifié le mode de responsabilité, pour retenir la complicité de l'article 25 (3) (d)¹³³, a acquitté l'accusé de toutes les charges de crimes sexuels, faute de *mens rea*¹³⁴. Cette décision fatale uniquement aux crimes sexuels mérite une analyse un peu plus détaillée.

Tout d'abord, quant au caractère intentionnel de la contribution, c'est à dire de l'exigence que les agissements de l'accusé soient conscients et délibérés¹³⁵, les juges ont répondu par la positive. En effet, en se basant principalement sur le témoignage même de l'accusé, la chambre a conclu que « l'accusé a donc agi délibérément et il était pleinement conscient que son comportement contribuait aux activités de la milice »¹³⁶. Toutefois, quant à la question de savoir si la contribution de l'accusé a été faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre les crimes sexuels, la réponse des juges fut négative. En fait, cet élément subjectif spécifique qui est prévu à l'alinéa (ii) de l'article 25 (3) (d) du *Statut de Rome* exige d'une part d'établir que le groupe de personnes agissant de concert avait l'intention de commettre le crime en cause, et d'autre part de prouver que le complice connaissait cette intention. En ce qui a trait à

¹³⁰ Voir, *Mbarushimana*, *supra* note 76 au para 278; *Katanga*, Jugement, *supra* note 24 au para 1618.

¹³¹ *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 25 (3) (d) (i-ii).

¹³² *Mbarushimana*, *supra* note 76 au para 288; *Katanga*, Jugement, *supra* note 24 au para 1639.

¹³³ *Ibid* aux para 1420-1421, 1482, 1484.

¹³⁴ *Ibid* aux para 1664, 1693 et Dispositif.

¹³⁵ *Ibid* au para 1638.

¹³⁶ *Ibid* au para 1683.

l'exigence d'intention du groupe de commettre les crimes sexuels, elle n'est remplie que s'il est prouvé que relativement à la conséquence que constitue le crime, le groupe entendait causer cette conséquence ou savait que le crime adviendrait dans le cours normal des événements¹³⁷. S'agissant de la connaissance que l'accusé doit avoir de l'intention du groupe, ce dernier doit être conscient que cette intention existait au moment où il a adopté le comportement qui constituait sa contribution¹³⁸. La chambre a par ailleurs précisé que ce critère de connaissance de l'accusé devra être démontré pour chacun des crimes spécifiques commis par le groupe ; de sorte que la connaissance de l'intention criminelle générale du groupe n'est pas suffisante pour prouver que l'accusé savait que le groupe avait l'intention de commettre chacun des crimes qui faisaient partie du dessein commun¹³⁹.

Partant, la chambre a établi que la milice considérée comme un groupe de personnes agissant au titre de l'article 25 (3) (d) du *Statut de Rome* avait pour dessein commun d'attaquer le village de Bogoro pour effacer de cette localité non seulement les éléments militaires ennemis, mais aussi, et à titre principal, les civils qui s'y trouvaient¹⁴⁰. De même, elle a conclu au regard des opérations antérieures de la milice, de la pratique de la guerre dans la région et du contexte spécifique de déroulement de l'attaque en cause, que les crimes de meurtres, d'attaques contre des civils, de pillage et de destruction de biens faisaient partie du dessein commun ou adviendraient dans le cours normal des événements¹⁴¹, permettant de conclure à la connaissance de l'accusé de l'intention du groupe de commettre ces crimes.

Par contre, la chambre a considéré que les crimes de viol et de réduction en esclavage ne relevaient pas du dessein commun de la milice et ainsi ne pouvait relever de la connaissance de l'accusé¹⁴². Pour soutenir cette conclusion, elle a constaté qu'au regard des preuves dont elle dispose, les actes de viol et de réduction en esclavage sexuel n'ont pas été commis en nombre et de façon répétée lors de l'attaque et que l'effacement du village de Bogoro ne passait pas obligatoirement par la commission de tels actes¹⁴³. Dans la même veine, la chambre a constaté que contrairement aux autres crimes faisant partie du dessein commun, il n'a pas été démontré que les combattants de la milice avaient, antérieurement à la bataille de Bogoro, commis des crimes de viol ou de réduction en esclavage sexuel¹⁴⁴. De façon plus confuse, elle a également soutenu que bien que les actes de viol et de mise en esclavage aient fait intégralement partie du projet de la milice de s'en prendre à la population civile de Bogoro, elle ne pouvait toutefois pas conclure, sur la base des éléments de preuve dont elle dispose, que l'objectif criminel poursuivi lors de cette attaque comprenait nécessairement la commission des crimes sexuels en cause¹⁴⁵.

¹³⁷ *Ibid* au para 1641.

¹³⁸ *Ibid*.

¹³⁹ *Ibid* au para 1642.

¹⁴⁰ *Ibid* aux para 1654-1657.

¹⁴¹ *Ibid* aux para 1658-1662, 1665.

¹⁴² *Ibid* au para 1664.

¹⁴³ *Ibid* au para 1663.

¹⁴⁴ *Ibid*.

¹⁴⁵ *Ibid* au para 1664.

L'acquiescement de Katanga pour les chefs de viols et de réduction en esclavage matérialise une fois de plus la difficulté d'établir la *mens rea* des hauts dirigeants pour des crimes sexuels lorsqu'ils sont notamment absents du lieu de commission de ces crimes. En fait, malgré la preuve rapportée par le représentant légal du groupe principal des victimes quant à la commission de viols et d'esclavage sexuel dans les attaques antérieures du groupe en cause¹⁴⁶, la chambre n'a pas été convaincue hors de tout doute raisonnable. Cela démontre également la différence de traitement des crimes sexuels à la CPI et surtout l'impact des modes de responsabilité dans l'imputabilité de ces crimes aux hauts responsables.

Ici encore, sous réserve des autres éléments constitutifs, la *mens rea* requise pour la RSH aurait été largement remplie si ce mode avait été invoqué. En effet, l'analyse aurait porté sur la question de savoir si l'accusé savait que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre des crimes ou, à défaut sur la norme minimale « aurait dû savoir », l'accusé ayant été considéré au moins comme une personne faisant effectivement fonction de chef militaire¹⁴⁷. Par ailleurs, la connaissance des crimes après leur commission n'éteindrait pas sa responsabilité pénale s'il n'avait pas pris des mesures nécessaires et raisonnables pour réprimer ou référer aux autorités compétentes. Encore une fois, le recours à la RSH avec une *mens rea* moins rigoureuse aurait permis d'obtenir une condamnation pour les crimes sexuels. Cela est certes théorique, car la chambre avait préalablement conclu que l'accusé ne disposait pas à l'échelle de toute la collectivité de la capacité matérielle de donner des ordres et d'en garantir leur exécution ni encore moins le pouvoir d'infliger des sanctions disciplinaires aux commandants¹⁴⁸. Mais comme évoqué précédemment, ce pouvoir avait été analysé sous l'angle du contrôle sur le crime, et non selon le test du contrôle effectif sur les subordonnés qui aurait été moins exigeant que le premier.

La mise en œuvre de la responsabilité pénale des hauts responsables pour les crimes sexuels commis par leurs « subordonnés » représente encore un défi majeur pour les juridictions pénales internationales. À la CPI, les exigences des modes d'action, notamment la coaction (directe et indirecte), principalement allégués contre de hauts dirigeants, ont souvent à terme été rédhitoires à la répression effective des crimes sexuels. Aussi, il a été démontré que la RSH, telle qu'interprétée dans l'affaire *Bemba*, apparaît comme une solution plus que viable pour l'imputabilité des crimes sexuels aux hauts dirigeants politiques et militaires poursuivis par la CPI.

¹⁴⁶ *Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Observations du représentant légal quant à la responsabilité de G. Katanga en vertu de l'article 25-3-d) du Statut (8 avril 2013) aux para 59-60, 69 (CPI, Chambre de 1^{re} instance), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2013_02694.PDF>.

¹⁴⁷ *Katanga*, Jugement, *supra* note 24 au para 1359-1363.

¹⁴⁸ *Ibid* au para 1419.

Le Bureau du procureur de la CPI semble avoir pris la mesure du défi. Il a ainsi adopté un document de politique générale relatif aux crimes sexuels¹⁴⁹ qui contient des pistes de solutions très intéressantes pour renforcer l'efficacité des enquêtes et des poursuites contre les auteurs de ces crimes spécifiques¹⁵⁰. Le Bureau s'engage notamment à porter davantage des accusations en vertu de la RSH dans les cas appropriés pour encourager les supérieurs hiérarchiques à prévenir et traiter de façon efficace la commission de crimes sexuels par leurs subordonnés¹⁵¹. Cette mesure est en droite ligne avec la pratique récente de la procureure consistant à plaider alternativement tous les modes de responsabilité pertinents en vue de leur confirmation par les chambres préliminaires¹⁵².

Toutefois, cette nouvelle approche doit se matérialiser dans une démarche tendant à plaider convenablement la RSH dans toutes les affaires qui s'y prêtent et non pas considérer ce mode comme un pis-aller. En effet, dans les affaires récentes contenant des charges de crimes sexuels, malgré le plaidoyer alternatif de tous les modes pertinents, y compris la RSH, il apparaît que l'argumentation juridique et l'ensemble de la preuve de l'accusation tendent souvent à établir la responsabilité pour commission, en particulier la coaction, au détriment des autres modes de responsabilité qui ne sont parfois que très sommairement présentés¹⁵³. Une telle pratique peut s'avérer ultimement nuisible pour l'imputabilité des crimes sexuels, si comme on l'a vu la RSH n'est pas retenue contre le défendeur. Ce risque se dessine dans l'affaire Gbagbo.

En fait, dans sa décision de confirmation des charges, la chambre préliminaire a refusé de confirmer les charges contre Gbagbo en vertu de la RSH au profit des modes d'action (coaction et modes de complicité), car selon elle, au regard des preuves dans leur ensemble, l'omission coupable du prévenu était une composante de son effort délibéré de conserver le pouvoir à tout prix, y compris par la commission des crimes¹⁵⁴. Ainsi, pour la chambre, confirmer les charges conformément à l'article 28 du *Statut de Rome* « would require the Chamber to depart significantly from its understanding of how events unfolded in Cote d'Ivoire during the post-electoral crisis and Laurent

¹⁴⁹ CPI, Bureau du Procureur, *Document de politique générale relatif aux crimes sexuels et à caractère sexiste*, La Haye, juin 2014, en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes_20_June_2014_FRE.pdf>.

¹⁵⁰ Voir *Ibid* aux para 51-53, 55, 58, 61, 72-73 et 78.

¹⁵¹ *Ibid* au para 78.

¹⁵² Voir notamment, *Ntaganda*, *supra* note 30 aux para 99-100; *Gbagbo*, Confirmation des charges, *supra* note 66 aux para 226-228; *Blé Goudé*, *supra* note 21 au para 133; *Ongwen*, Confirmation des charges, *supra* note 21 aux para 34-36; *Le Procureur c Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Decision on the confirmation of charges against Ahmad Al Faqi Al Mahdi (24 mars 2016) aux para 21-23 (CPI, Chambre préliminaire), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02424.PDF>.

¹⁵³ Voir, *Le Procureur c Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Document Containing the Charges (10 janvier 2014) aux para 111-151 (CPI, Bureau du Procureur), en ligne : CPI <<https://www.legal-tools.org/doc/9aa3d9/pdf>>; *Le Procureur c Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, Document amendé de notification des charges (13 janvier 2014) aux para 129-231 (CPI, Bureau du Procureur), en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2015_04780.PDF>; *Le Procureur c Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-02/1, Version corrigée du Document de notification des charges (27 août 2014) aux para 171-321 (CPI, Bureau du procureur), en ligne : CPI <<https://www.legal-tools.org/doc/006258/pdf>>.

¹⁵⁴ *Gbagbo*, Confirmation des charges, *supra* note 66 au para 264.

Gbagbo's involvement therein »¹⁵⁵. Ce faisant, l'absence de la RSH dans les charges portées contre Gbagbo devant la chambre de 1^{ère} instance¹⁵⁶ peut faire craindre une issue moins heureuse pour les crimes de viol, comme on l'a vu dans l'affaire *Katanga*.

Ainsi, la reconnaissance par le Bureau du Procureur de la CPI de la pertinence de la RSH pour la répression des crimes sexuels doit donc s'accompagner d'une argumentation solide basée sur des preuves suffisantes et précises tendant à prouver dans les cas appropriés que le défendeur encourt (aussi) une responsabilité pour omission en vertu de l'article 28. Qui plus est, à la CPI, la RSH n'est pas un mode de responsabilité de gravité hiérarchiquement inférieure aux modes d'action¹⁵⁷. C'est à ce prix que les avantages escomptés de la RSH pour la répression effective des crimes sexuels à l'encontre de hauts responsables, tels qu'évoqués dans cet article, pourront se traduire dans la réalité.

¹⁵⁵ *Ibid* au para 265.

¹⁵⁶ *Le Procureur c Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/15, Transcrits du 28 janvier 2016 aux pp 4, 9-10 (CPI, Chambre de 1^{ère} instance) en ligne : CPI <https://www.icc-cpi.int/Transcripts/0CR2016_00665.PDF>.

¹⁵⁷ *Bemba*, Sentence, *supra* note 9 au para 16.