

LA DOCTRINE DE LA RESPONSABILITÉ DU COMMANDEMENT ET LA NOTION DE LIEN DE SUBORDINATION DEVANT LE TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE

Stéphane Bourgon

Special Issue, April 2007

Hommage à Katia Boustany

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069044ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069044ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bourgon, S. (2007). LA DOCTRINE DE LA RESPONSABILITÉ DU COMMANDEMENT ET LA NOTION DE LIEN DE SUBORDINATION DEVANT LE TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 95–117.
<https://doi.org/10.7202/1069044ar>

Article abstract

In the light of the limited success of indictments based solely on Article 7(3) of the *Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, the question whether the doctrine of command responsibility, as codified by this Article, remains a viable form of individual criminal responsibility is pertinent. On the basis *inter alia* of the Blaškić, Halilović and Hadžihasanović cases tried before the ICTY, it is established that command responsibility is an exceptional form of individual criminal liability, the viability of which rests on the strict interpretation of its three essential components, the most important being undisputedly the existence of a superior to subordinate relationship, which triggers the responsibility of a commander. The required proof of the existence of a superior to subordinate relationship is also what allows to ensuring that this peculiar form of criminal responsibility will not serve as an unjustified alternate liability theory in the absence of evidence or the insufficiency of evidence on the direct criminal responsibility of a commander. The existence of a superior to subordinate relationship will be established by demonstrating that the commander, at the time the violation was committed: (1) was able to act and in fact acted as the commander of a unit; and (2) the members of this unit behaved towards him as if he was their commander. The command responsibility doctrine is the corner stone of the implementation of international humanitarian law. As such, it remains a viable form of individual criminal liability, as long as it is used for the right reasons, which is not necessarily the case before the ICTY.

LA DOCTRINE DE LA RESPONSABILITÉ DU COMMANDEMENT ET LA NOTION DE LIEN DE SUBORDINATION DEVANT LE TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE

Par Stéphane Bourgon*

À la lumière du succès mitigé des actes d'accusation fondés exclusivement sur l'Article 7(3) du *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, il est pertinent de poser la question à savoir si la doctrine de la responsabilité du commandement, telle que codifiée par cet article, demeure une forme viable de responsabilité pénale individuelle. Au regard *inter alia*, des Affaires Blaškić, Halilović et Hadžihasanović jugées devant le TPIY, il est établi que la responsabilité du commandement constitue une forme exceptionnelle de responsabilité pénale individuelle dont la viabilité repose sur une interprétation restrictive de ses trois éléments constitutifs, le plus important étant sans contredit l'existence d'un lien de subordination qui fait office d'élément déclencheur de la responsabilité d'un commandant. La preuve exigée de l'existence d'un lien de subordination est également ce qui permet de s'assurer que cette forme singulière de responsabilité pénale ne servira pas de théorie alternative non justifiée en cas d'absence ou d'insuffisance de preuve sur la responsabilité pénale directe d'un commandant. L'existence d'un lien de subordination sera établie par la démonstration que le commandant, au moment des faits : (1) était en mesure d'agir et dans les faits agissait à titre de commandant d'une quelconque unité; et (2) les membres de cette unité se comportaient à son égard comme si ce dernier était leur commandant. La doctrine de la responsabilité du commandement est la pierre angulaire de la mise en œuvre du droit international humanitaire. À ce titre, elle demeure un mode de responsabilité pénale individuelle viable, pour autant qu'elle soit utilisée à bon escient, ce qui n'est pas nécessairement le cas devant le TPIY.

In the light of the limited success of indictments based solely on Article 7(3) of the *Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, the question whether the doctrine of command responsibility, as codified by this Article, remains a viable form of individual criminal responsibility is pertinent. On the basis *inter alia* of the Blaškić, Halilović and Hadžihasanović cases tried before the ICTY, it is established that command responsibility is an exceptional form of individual criminal liability, the viability of which rests on the strict interpretation of its three essential components, the most important being undisputedly the existence of a superior to subordinate relationship, which triggers the responsibility of a commander. The required proof of the existence of a superior to subordinate relationship is also what allows to ensuring that this peculiar form of criminal responsibility will not serve as an unjustified alternate liability theory in the absence of evidence or the insufficiency of evidence on the direct criminal responsibility of a commander. The existence of a superior to subordinate relationship will be established by demonstrating that the commander, at the time the violation was committed: (1) was able to act and in fact acted as the commander of a unit; and (2) the members of this unit behaved towards him as if he was their commander. The command responsibility doctrine is the corner stone of the implementation of international humanitarian law. As such, it remains a viable form of individual criminal liability, as long as it is used for the right reasons, which is not necessarily the case before the ICTY.

* Avocat, membre du Barreau du Québec (Canada); anciennement conseiller juridique militaire au sein des Forces armées canadiennes (JAG), conseiller juridique au Bureau du procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), chef de cabinet du président du TPIY et président de l'Association des avocats de la défense pratiquant devant le TPIY (ADC-ICTY); présentement conseil de la défense auprès du TPIY et assigné par le greffier pour représenter le général Enver Hadžihasanović (Affaire N° IT-01-47-A) et Drago Nikolić (Affaire N° IT-05-88-T). Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur en sa capacité personnelle et à ce titre ne reflètent pas nécessairement les opinions émanant des organes du TPIY ou de l'ADC-ICTY. Plusieurs appellations différentes sont utilisées dans cet article pour désigner le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dont le « Tribunal international », le « TPIY », ainsi que « Tribunal de La Haye ».

J'ai rencontré la professeure Katia Boustany pour la première fois en 1992 lors de l'organisation du Concours de droit international humanitaire Jean-Pictet, à Montréal. Katia a fait beaucoup pour moi. C'est en grande partie grâce à elle si je me suis enfin décidé à terminer ma maîtrise en droit international et si je pratique aujourd'hui en droit pénal international auprès du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY). Katia et moi avons collaboré à de nombreux projets. Je me rappelle entre autres d'un colloque sur le droit international humanitaire organisé en 1999 à l'UQAM, au cours duquel, à sa demande, j'ai fait une communication sur la doctrine de la responsabilité du commandement telle qu'appliquée par le TPIY. Le présent article s'inscrit dans la continuité de cette communication en l'honneur de Katia Boustany, une juriste de haut calibre qui, au-delà d'avoir été une source d'inspiration, était une amie et une confidente. Merci Katia.

* * *

Le 15 mars 2006, le général Enver Hadžihasanović¹ était acquitté de plusieurs accusations de meurtre et de traitement cruel portées contre lui en vertu des articles 3 (violations aux lois ou coutumes de la guerre) et 7 (3) (responsabilité du commandement)² du *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*³. La Chambre de première instance jugea que l'existence d'un lien de subordination entre l'accusé et les auteurs allégués de ces crimes – des *mujahedins* ou « guerriers

¹ Au moment des faits qui lui étaient reprochés, le général Hadžihasanović occupait le poste de commandant du troisième corps de l'Armée de Bosnie-Herzégovine (ABiH); le 1^{er} novembre 1993, il était nommé chef d'état-major de l'ABiH et quittait dès lors ses fonctions de commandant du troisième corps.

² La doctrine de la responsabilité du commandement s'applique expressément aux commandants militaires. Toutefois, telle que codifiée par l'article 7 (3) du *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, elle traite de la responsabilité pénale individuelle tant des commandants militaires que des autres « supérieurs hiérarchiques » non militaires. C'est pourquoi certains auteurs utilisent également le terme « responsabilité du supérieur hiérarchique », lequel n'est pas employé dans cet article.

³ *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, 25 mai 1993, en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/legaldoc-f/index-f.htm>>, adopté par résolution du Conseil de sécurité (Res. CS 827, Doc. off. CS NU, 48^e sess., Doc. NU S/RES/827 [1993]) [*Statut du TPIY*]. Le *Statut du TPIY* a été modifié à sept reprises par le Conseil de sécurité, soit le 13 mai 1998 (Rés. CS 1166, Doc. off. CS NU, 1998, Doc. NU S/RES/1166 [1998]), le 30 novembre 2000 (Rés. CS 1329, Doc. off. CS NU, 2000, Doc. NU S/RES/1329 [2000]), le 17 mai 2002 (Rés. CS 1411, Doc. off. CS NU, 2002, Doc. NU S/RES/1411 [2002]), le 14 août 2002 (Rés. CS 1431, Doc. off. CS NU, 2002, Doc. NU S/RES/1431 [2002]), le 19 mai 2003 (Rés. CS 1481, Doc. off. CS NU, 2003, Doc. NU S/RES/1481 [2003]), le 20 avril 2005 (Rés. CS 1597, Doc. off. CS NU, 2005, Doc. NU S/RES/1597 [2005]), ainsi que le 28 février 2006 (Rés. CS 1660, Doc. off. CS NU, 2006, Doc. NU S/RES/1660 [2006]). L'art. 3 du *Statut* stipule que « le [TPIY] est compétent pour poursuivre les personnes qui commettent des violations des lois ou coutumes de la guerre », une liste non exhaustive étant fournie. L'art. 7 (3) prévoit que « le fait que l'un quelconque des actes visés aux articles 2 à 5 du présent statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que le dit acte ne soit commis ou en punir les auteurs ».

saints » – n'avait pas été établie pour la période du 18 novembre 1992, date de l'entrée en fonction du général Hadžihasanović, au 13 août 1993⁴.

Le cas du général Hadžihasanović est significatif, car des accusations étaient portées pour la première fois contre un commandant supérieur uniquement en vertu de l'article 7 (3) du *Statut du TPIY*, pour avoir omis de prévenir que des violations du droit international humanitaire ne soient commises par ses subordonnés ou de punir ces derniers, s'il savait ou avait des raisons de savoir qu'ils avaient commis de telles violations⁵.

Toutefois, dans le même jugement, le général Hadžihasanović fut reconnu coupable des accusations de meurtre et de traitement cruel commis par ces mêmes *mujahedins* au cours de la période postérieure au 13 août 1993, au motif que l'existence d'un lien de subordination nécessaire avait été prouvée au-delà de tout doute raisonnable après cette date.

Considérant le nombre limité d'accusations portées uniquement en vertu de l'article 7 (3) du *Statut* par le procureur du Tribunal international ainsi que le faible taux de réussite de l'accusation dans ce type de dossiers, la distinction entre la

⁴ *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et Amir Kubura*, IT-01-47-A, Jugement (15 mars 2006) aux para. 793 à 805 (TPIY, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/hadzihas/trial/jugement/060315/index.htm>> [*Affaire/Hadžihasanović*]. Dans son mémoire préalable déposé le 3 novembre 2003, la défense du général Hadžihasanović soumit qu'un lien de subordination n'avait existé en aucun temps entre l'accusé et les *mujahedins* : « Contrairement aux allégations du Procureur aux paragraphes 7 et 10, la Défense soumet que durant toute la période au cours de laquelle les violations reprochées à l'Accusé dans l'Acte d'accusation se seraient produites, jamais un lien de subordination n'a existé entre l'Accusé et les *mujahedins* et l'Accusé n'a en aucun temps exercé un contrôle effectif sur l'unité El Mujahed ». [Notre traduction.] *Affaire Hadžihasanović* ; mémoire préalable de Enver Hadžihasanović (article 65ter du Règlement de procédure et de preuve), au para. 46.

⁵ *Affaire Hadžihasanović*, IT-01-47-PT, Acte d'accusation modifié (11 janvier 2002) para. 13 et ss. (TPIY, Procureur du TPIY), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/indictment/french/hadai020111f.htm>>. Il s'agit en fait du premier acte d'accusation dressé par le procureur du TPIY qui soit fondé exclusivement sur la doctrine de la responsabilité du commandement, art. 7 (3) du *Statut du TPIY*. Au début, il y avait trois co-accusés, soit Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagić et Amir Kubura. Suite au décès de Mehmed Alagić, commandant du Groupe opérationnel Bosanska Krajina (OG BK) au moment des faits qui lui étaient reprochés (commis en 1993), le nom de cette affaire fut changé pour « *Le Procureur contre Enver Hadžihasanović et Amir Kubura* ». Le procès débuta le 2 décembre 2003 et fut clos le 15 juillet 2005, alors que le jugement fut prononcé le 15 mars 2006. L'affaire *Le Procureur c. Delić et consorts* est un procès antérieur du même type, c'est à dire se rapportant presque exclusivement à la responsabilité du commandement : Zejnil Delalić y fut accusé et acquitté de douze chefs d'accusation relativement à la responsabilité du commandement (art. 7 (3) du *Statut*) et d'un chef d'accusation au titre des art. 7 (1) et 7 (3) du *Statut* ensemble (*Le Procureur c. Delić et consorts*, voir *infra* note 15). Trois autres actes d'accusation fondés exclusivement sur l'art. 7 (3) du *Statut du TPIY* concernant la responsabilité du commandement ont été déposés par le procureur du TPIY, à savoir : *Le Procureur c. Rasim Delić*, IT-04-83-PT, Acte d'accusation initial (17 mars 2005) au para. 19 (TPIY, Procureur du TPIY), en ligne : <<http://www.un.org/icty/indictment/french/del-ii050317f.htm>> [*Affaire Delić*]; *Le Procureur c. Ljube Boskoski et Johan Tarčulovski*, IT-04-82-PT, Acte d'accusation modifié (2 novembre 2005) aux para. 11 à 17 (TPIY, Procureur du TPIY), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/indictment/french/bos-ai051102f.htm>> [*Affaire Boškoški et Tarčulovski*] (à l'égard de Boškoški seulement); *Le Procureur c. Sefer Halilović*, IT-01-48-A, Acte d'accusation initial (10 septembre 2001) au para. 43 (TPIY, Procureur du TPIY), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/indictment/french/hal-ii010912f.htm>>.

responsabilité pénale du général Hadžihasanović pour des actes commis par les *mujahedins* avant et après le 13 août 1993, telle qu'établie par la Chambre de première instance, retient particulièrement l'attention⁶.

Il suffit pour s'en convaincre d'observer le résultat de procès similaires tenus devant le Tribunal de La Haye dont, entre autres, celui du général Sefer Halilović⁷. Chef d'état-major de l'Armée de Bosnie-Herzégovine (ABiH), il fut acquitté le 16 novembre 2005 des accusations de meurtre portées contre lui concernant la violation des lois ou coutumes de la guerre (article 3 du *Statut du TPIY*), au motif que l'existence d'un lien de subordination entre l'accusé et les membres de l'ABiH qui auraient commis ces violations n'avait pas été prouvée⁸. Le procès du général Sefer Halilović devant la section A de la Chambre de première instance I du TPIY n'était que la seconde affaire au cours de laquelle un officier militaire de haut rang voyait sa responsabilité engagée sur la seule base de la doctrine de la responsabilité du commandement, visée à l'article 7 (3) du *Statut*. Ce fut également le premier procès du genre à se terminer devant le TPIY⁹.

L'un des plus courts à être tenu devant le Tribunal de la Haye, le procès du général Sefer Halilović traitait du meurtre de plusieurs victimes au cours de deux événements précis qui eurent lieu à Grabovica, les 9 et 10 décembre 1993¹⁰, ainsi qu'à Uzdol, le 14 septembre de la même année¹¹. Dans les deux cas, la Chambre jugea que des meurtres avaient bel et bien été commis par des membres de l'ABiH, mais conclut malgré tout que l'accusation n'avait pas prouvé au-delà de tout doute raisonnable que le général Sefer Halilović exerçait un contrôle effectif sur les soldats qui avaient commis les crimes de Grabovica¹² et d'Uzdol¹³.

⁶ *Affaire Hadžihasanović*, *supra* note 4 au para. 1403. Voir ci-dessous nos développements à la section III : « La détermination de l'existence d'un lien de subordination dans l'affaire *Hadžihasanović* ».

⁷ Du 25 mai 1992 au 8 juin 1993, le général Sefer Halilović était le commandant de la Défense territoriale de Bosnie-Herzégovine (TO) ainsi que le « commandant suprême » bénéficiant aussi du titre de « chef d'état-major » de l'ABiH. Le 8 juin 1993, Rasim Delić était nommé commandant de l'ABiH, remplaçant par le fait même Sefer Halilović, qui en demeura néanmoins le chef d'état-major. Par ordre du 1^{er} novembre 1993, soit 45 jours après les événements pour lesquels il était accusé, le général Sefer Halilović était relevé de ses fonctions de chef d'état-major de l'ABiH par le président de la République de Bosnie-Herzégovine, Alija Izetbegović. Au moment de sa reddition volontaire au TPIY le 25 septembre 2001, Sefer Halilović était général au sein de l'ABiH et ministre des Réfugiés, affaires sociales et personnes déplacées dans le gouvernement de la Bosnie-Herzégovine.

⁸ *Le Procureur c. Sefer Halilović*, IT-01-48-T, Jugement (16 novembre 2005) au para. 752 (TPIY, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/halilovic/trialc/judgement/index.htm>> [*Affaire Halilović*].

⁹ Bien que l'affaire *Hadžihasanović* (*supra* note 4) donna lieu au premier procès du genre à être tenu devant le TPIY, le jugement rendu dans l'affaire *Halilović* (*supra* note 8), qui commença plus tard, fut rendu quatre mois plus tôt, en novembre 2005.

¹⁰ *Affaire Halilović*, *supra* note 8 aux para. 2 à 6. Le Procureur alléguait qu'au cours de l'Opération Neretva 93, opération militaire lancée par l'ABiH pour mettre fin au siège de Mostar, trente-trois civils croates de Bosnie avaient été tués à Grabovica les 8 et 9 septembre 1993.

¹¹ *Ibid.* aux para. 7 à 10. Le Procureur alléguait qu'au cours de l'Opération Neretva 93, le 14 septembre 1993, le bataillon indépendant de Prozor de l'ABiH avait attaqué Uzdol et tué vingt-neuf civils croates de Bosnie, ainsi qu'un prisonnier de guerre. À ce sujet, il y a lieu de souligner les contradictions dans la théorie du procureur, qui alléguait le meurtre de « prisonniers de guerre » lors d'un conflit armé, tout en refusant de qualifier ce conflit de conflit international.

¹² *Ibid.* aux para. 743 à 747.

Parmi les autres affaires pertinentes en l'espèce qui furent jugées devant le TPIY, notons le procès de Fatmir Limaj et Isak Musliu¹⁴, ainsi que les poursuites intentées contre Delalić¹⁵, Blaškić¹⁶ et Strugar¹⁷.

Le 30 novembre 2005, moins de trois semaines suivant l'acquittement du général Halilović, Fatmir Limaj et Isak Musliu, accusés à titre de commandants des prétendus auteurs de violations des lois ou coutumes de la guerre – également tenus pour responsables de crimes contre l'humanité –, étaient déclarés non coupables de respectivement dix et huit chefs d'accusation pour des raisons similaires à celles qu'avaient évoquées la Chambre de première instance lors de l'affaire Halilović¹⁸. S'agissant de Fatmir Limaj¹⁹, la Chambre déterminait que l'accusation n'avait pas été établie au-delà de tout doute raisonnable que ce dernier occupait, du mois de mai au 26 juillet 1998²⁰, une position de commandement au sein de l'*Ushtria Clirimtare e Kosoves* ou « Armée de libération du Kosovo » (KLA), incluant le commandement du village de Llapushnik et en particulier du camp de prisonniers qui existait dans la partie sud du village. Quant à Isak Musliu²¹, la Chambre de première instance jugea

¹³ *Ibid.* aux para. 748 à 751.

¹⁴ *Le Procureur c. Limaj et consorts*, IT-03-66-A, Jugement (30 novembre 2005) (TPIY, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/limaj/trialc/judgement/index.htm>> [*Affaire Limaj et Musliu*].

¹⁵ *Le Procureur c. Delić et consorts*, IT-96-21, Jugement (16 novembre 1998) (TPIY, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm>> [*Affaire Celebici*]. Delalić était l'un des quatre accusés.

¹⁶ *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, IT-95-14, Jugement (3 mars 2000) (TPIY, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/blaskic/trialc1/judgement/index.htm>> [*Affaire Blaškić*].

¹⁷ *Le Procureur c. Pavle Strugar (Dubrovnik)*, IT-01-42, Jugement (31 janvier 2005) (TPIY, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/strugar/trialc1/judgement/index2.htm>> [*Affaire Strugar*].

¹⁸ *Affaire Limaj et Musliu*, *supra* note 14 aux para. 738 et s.

¹⁹ *Affaire Limaj et Musliu*, IT-03-66-PT, Deuxième acte d'accusation amendé (6 novembre 2003) au para. 1 (TPIY, Procureur du TPIY), en ligne : <<http://www.un.org/icty/indictment/french/lim2ai040212f.htm>>. Il était allégué dans cet acte d'accusation (para. 1) que Fatmir Limaj, aussi connu sous le nom de Çeliku : (a) était né le 4 février 1971 à Banja, qui se situait à l'époque dans la municipalité de Suva Reka dans la Province autonome du Kosovo ; (b) était le commandant de l'Armée de libération du Kosovo (KLA) ; et (c) était responsable des opérations effectuées dans la région de Lapushnik/Llapushnik ainsi que du camp de prisonniers du KLA dans la municipalité de Glogovac/Gilgoc, au Kosovo. La Chambre de première instance jugea que toutes les allégations concernant la participation personnelle de Fatmir Limaj à l'opération du camp de prisonniers de Llapushnik n'avaient pas été prouvées (*Affaire Limaj et Musliu*, Jugement, *supra* note 14 au para. 565).

²⁰ *Affaire Limaj et Musliu*, Jugement, *supra* note 14 au para. 601.

²¹ *Affaire Limaj et Musliu*, Deuxième acte d'accusation amendé, *supra* note 19 au para. 2. Il était allégué dans cet acte d'accusation que Isak Musliu, aussi connu sous le nom de Qerqiz : (a) était né le 31 octobre 1970 à Rcak/Recak dans la Municipalité de Stimlje/Shtime, au Kosovo ; (b) était membre du KLA, commandant de la région de Lapushnik/Llapushnik ainsi que du camp de prisonniers de Lapushnik/Llapushnik. La Chambre de première instance jugea que toutes les allégations concernant la participation personnelle de Isak Musliu aux opérations lancées à partir de la prison de Lapushnik/Llapushnik n'avaient pas été prouvées, et qu'il n'avait pas été établi qu'Isak Musliu avait planifié, incité, ordonné, commis ou de toute autre façon, aidé ou encouragé la perpétration d'un quelconque crime dont il avait été accusé dans le deuxième acte d'accusation amendé (*Affaire Limaj et Musliu*, Jugement, *supra* note 14 au para. 715 à 716).

que les preuves ne permettaient pas d'établir que l'accusé détenait le commandement ou occupait une position de supérieur hiérarchique vis-à-vis de l'ensemble des troupes du KLA dans le village de Llapushinik ou dans cette région. Elle conclut que les preuves n'étaient pas suffisantes pour conclure que l'accusé Musliu était le commandant, qu'il détenait une position de supérieur, ou encore qu'il exerçait un contrôle quelconque sur les activités à l'intérieur du camp de prisonniers de Llapushinik. La Chambre jugea également qu'il n'avait pas été établi qu'Isak Musliu exerçait, au cours de la période critique, un commandement ou un contrôle effectif sur les troupes du KLA qui opéraient le camp de prisonniers²².

Bien que Limaj et Musliu eussent été simultanément poursuivis – et acquittés – au titre de l'article 7 (1) du *Statut du TPIY*, le raisonnement de la Chambre de première instance dans cette affaire est particulièrement intéressant et pertinent, eu égard à l'examen auquel elle se livra de la notion de « contrôle effectif » telle qu'utilisée dans le contexte de la doctrine de la responsabilité du commandement en tant que forme de responsabilité pénale individuelle.

S'agissant de l'affaire *Delalić*, ce dernier était poursuivi conjointement avec trois autres accusés pour des crimes commis à l'égard de prisonniers dans un lieu de détention appelé « Celebici ». La Chambre de première instance l'acquitta dans cette affaire des treize chefs d'accusation portés contre lui à titre de « responsable » du camp de détention. Elle conclut que l'accusation n'avait pas établi au-delà de tout doute raisonnable que Delalić détenait l'autorité d'un commandant. Par conséquent, selon le raisonnement suivi, il n'occupait donc pas une position de supérieur dans le camp de prisonniers de Celebici, et n'y exerçait pas non plus un pouvoir de commandement sur le chef de la prison, sur son adjoint, ou sur les gardes²³.

Dans l'affaire *Blaškić*, c'est plutôt la Chambre d'appel qui déclara le colonel Blaškić non coupable relativement à l'attaque lancée par les Forces croates de Bosnie (HVO) contre la population civile du village d'Ahmici, en Bosnie centrale, au titre de l'article 7 (3) du *Statut*²⁴. Fait à souligner, la Chambre de première instance avait quant à elle auparavant jugé, suite à un procès de près trente mois au cours duquel plus de deux cents témoins furent entendus, que l'appelant Blaškić détenait le commandement du quatrième bataillon de la police militaire ainsi que des *Jokeris* (Jokers), unités responsables de cette attaque²⁵. La Chambre d'appel conclut pour sa part que l'appelant n'exerçait pas un contrôle effectif sur ces unités le 16 avril 1993, car il n'avait manifestement pas la capacité matérielle de prévenir ou de punir les

²² *Affaire Limaj et Musliu*, *supra* note 14 aux para. 713 à 715.

²³ *Affaire Celebici*, *supra* note 15 au para. 721. Le jugement fut confirmé en appel. La Chambre d'appel conclut en ces termes : « Aucun des arguments avancés par l'Accusation ne permet toutefois à la Chambre d'appel de dire que les faits établis par la Chambre de première instance et la conclusion que cette dernière en a tirée – à savoir que Delalić n'exerçait pas le degré de contrôle requis – étaient à ce point déraisonnables qu'aucun juge des faits n'aurait pu raisonnablement y aboutir ». *Le Procureur c. Delić et consorts*, IT-96-21-A, Arrêt (20 février 2001) au para. 268 (TPIY, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/celebici/appeal/jugement/index.htm>> [*Arrêt Celebici*].

²⁴ *Le Procureur c. Blaškić*, IT-95-14-A (29 juillet 2004) au para. 422 (TPIY, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/blaskic/appeal/jugement/index.htm>> [*Arrêt Blaškić*].

²⁵ *Affaire Blaškić*, Jugement, *supra* note 16 au para. 465.

violations commises par leurs membres. Partant, elle statua que les éléments constitutifs de la responsabilité du commandement n'avaient pas été réunis²⁶. Fait intéressant, la Chambre d'appel arriva à ce résultat en dépit de sa conclusion préliminaire selon laquelle le quatrième bataillon de la police militaire était bel et bien une unité placée *de jure* sous le commandement et le contrôle de Blaškić, en tant que commandant de la zone d'opérations du centre de la Bosnie²⁷.

Enfin, dans l'affaire *Strugar*²⁸, un accusé fut pour la première fois reconnu coupable uniquement en sa capacité de commandant, sur la base de l'article 7 (3) du *Statut*. Strugar fut également reconnu coupable sur les mêmes bases du bombardement illégal de la vieille ville de Dubrovnik, le 6 décembre 1991²⁹. S'agissant de l'existence d'un lien de subordination entre Strugar et les auteurs des infractions à Dubrovnik, la Chambre de première instance conclut que

[d]ans cette optique, la Chambre est convaincue qu'en tant que commandant de l'OG 2 (le Deuxième Groupe Opérationnel), l'Accusé exerçait un contrôle effectif sur les auteurs de l'attaque illégale intervenue sur la vieille ville de Dubrovnik le 6 décembre 1991. L'Accusé avait l'autorité légale et la capacité matérielle de donner des ordres au 3/472 MTBR (Troisième Bataillon de la 472^e Brigade motorisée) ainsi qu'à toutes les autres troupes de l'armée yougoslave impliquées dans l'attaque de Srdj et le bombardement de Dubrovnik, y compris de la vieille ville, interdisant explicitement une attaque sur la vieille ville; aussi bien que la capacité de prendre d'autres mesures pour s'assurer que ses ordres soient respectés et empêcher que la vieille ville ne soit bombardée, ou qu'une attaque en cours soit immédiatement arrêtée. De plus, la Chambre est convaincue qu'à la suite de l'attaque du 6 décembre 1991, l'Accusé avait l'autorité légale ainsi que la capacité matérielle d'initier une enquête effective ainsi que d'initier ou de prendre des mesures administratives et disciplinaires contre les officiers responsables du bombardement de la vieille ville.³⁰ [Notre traduction.]

Il s'agit à ce jour de l'un des rares verdicts de culpabilité rendus par une Chambre de première instance du TPIY uniquement au titre de l'article 7 (3) du *Statut*

²⁶ *Arrêt Blaškić*, *supra* note 24 au para. 421.

²⁷ *Ibid.* au para. 381. La Chambre d'appel conclut, sur la base des éléments de preuve pertinents présentés devant la Chambre de première instance et en particulier suivant l'argument de l'appelant, que des troupes de la police militaire ne pouvaient lui être rattachées qu'à sa demande et ce, seulement sur une base *ad hoc*, pour certaines missions, et qu'il était donc raisonnablement impossible de conclure, comme l'avait fait la Chambre de première instance, que l'appelant détenait une autorité de commandant sur la police militaire.

²⁸ *Affaire Strugar*, Jugement *supra* note 17. L'accusé, Pavle Strugar, lieutenant-général retraité de l'Armée nationale yougoslave (JNA), était accusé de crimes commis entre le 6 et le 31 décembre 1991, lors de la campagne militaire de la JNA, ainsi qu'aux alentours de Dubrovnik, en Croatie, en octobre, novembre et décembre 1991. Voir : *Affaire Strugar*, IT-01-42-PT, Troisième acte d'accusation modifié (10 décembre 2003) (TPIY, Procureur du TPIY), en ligne : <<http://www.un.org/icty/indictment/french/str-3ai031210f.htm>>.

²⁹ *Affaire Strugar*, Jugement, *supra* note 17 au para. 446.

³⁰ *Ibid.* au para. 414.

du *TPIY*³¹, sans qu'il soit accompagné par une condamnation sur la base de l'article 7 (1) du *Statut* pour d'autres faits dans la même affaire.

Bien que plusieurs accusés aient été poursuivis devant le TPIY sur la base de l'article 7 (3) du *Statut*, les accusations basées sur la doctrine de la responsabilité du commandant furent formulées, dans la plupart des cas, soit à titre d'accusations alternatives, soit accompagnées d'autres accusations portées au titre de l'article 7 (1) du *Statut*. Ces dernières apparaissent néanmoins comme le fondement principal des actes d'accusation proposés par le procureur contre ces accusés³².

Ce faisant, à la lumière du succès mitigé résultant des accusations portées par le procureur du TPIY au titre de l'article 7 (3) du *Statut* exclusivement, il est pertinent de se demander si la doctrine de la responsabilité du commandement, telle que codifiée par cet article, demeure une forme viable de responsabilité pénale individuelle en droit pénal international.

Pour répondre à cette question et proposer une grille d'analyse ainsi que des pistes de solutions, le présent article a pour objectif : **(I)** de fournir une vue d'ensemble mise à jour des éléments essentiels qui doivent être prouvés pour mener à bien une poursuite intentée contre un commandant fondée sur la doctrine de la responsabilité du commandement ; **(II)** d'examiner plus à fond la notion de « lien de subordination » en tant qu'élément juridictionnel déclencheur de la responsabilité pénale individuelle des commandants militaires suivant la jurisprudence du Tribunal international; **(III)** de commenter la détermination de l'existence d'un lien de subordination dans l'affaire *Hadžihasanović* ; et **(IV)** d'analyser la politique pénale du procureur du TPIY en matière de responsabilité du commandement pour tenter d'expliquer le faible taux de réussite de l'accusation dans ce type de dossiers.

³¹ *Affaire Strugar*, Jugement, *supra* note 17 aux para. 331 à 446. Bien que le général Strugar était aussi accusé au titre de l'art. 7 (1) du *Statut du TPIY*, la Chambre de première instance conclut que : (a) il n'avait pas été établi que l'accusé était responsable d'avoir ordonné l'attaque de la JNA sur la vieille ville de Dubrovnik le 6 décembre 1991 (para. 348); et (b) qu'il n'avait pas été établi que l'accusé était responsable d'avoir aidé et encouragé le bombardement illégal de la vieille ville de Dubrovnik le 6 décembre 1991 (para. 356). Par conséquent, la Chambre de première instance se livra à une analyse détaillée afin de déterminer si Strugar pouvait être tenu responsable suivant la doctrine de la responsabilité du commandement – art. 7 (3) du *Statut du TPIY* – pour le bombardement illégal de la vieille ville de Dubrovnik (para. 357 à 446).

³² Voir *inter alia* : *Le Procureur c. Jadranko Prlić et consorts*, IT-04-74-PT, Acte d'accusation modifié (16 novembre 2005) (TPIY, Procureur du TPIY), en ligne : <<http://www.un.org/icty/indictment/french/prl-ai051116f.htm>> [*Affaire Prlić*]; *Le Procureur c. Slobodan Milošević*, IT-02-54-T, Deuxième acte d'accusation modifié (23 octobre 2002) (TPIY, Procureur du TPIY), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/indictment/french/mil-2ai040728f.htm>> [*Affaire Milošević*]; *Le Procureur c. Momčilo Krajišnik (Bosnie-Herzégovine)*, IT-00-39&40-PT, Acte d'accusation modifié (27 février 2003) (TPIY, Procureur du TPIY), en ligne : <<http://www.un.org/icty/indictment/french/kracai020307f.htm>> [*Affaire Krajišnik*]; *Le Procureur c. Radislav Krstić (Srebrenica)*, IT-98-33, Acte d'accusation modifié (27 octobre 1999) (TPIY, Procureur du TPIY), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/indictment/english/krs-1ai991027e.htm>> [*Affaire Krstić*]; *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez (La vallée de Lasva)*, IT-95-14/2-T, Premier acte d'accusation modifié (30 septembre 1998) (TPIY, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/indictment/french/kor-1ai980930f.htm>> [*Affaire Kordić*].

I. Les éléments essentiels qui doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable en vertu de l'article 7 (3) du *Statut du TPIY*

Pour qu'un commandant voie sa responsabilité engagée au titre de la doctrine de la responsabilité du commandement visée à l'article 7 (3) du *Statut du TPIY*, il doit d'abord être établi qu'une violation du droit international humanitaire a été commise : un commandant ne saurait être tenu pénalement responsable pour ne pas avoir pris les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir ou empêcher une violation du droit international humanitaire qui n'a pas encore été consommée. Trois éléments essentiels doivent ensuite être prouvés au-delà de tout doute raisonnable, lesquels furent pour la première fois définis par la Chambre de première instance dans l'affaire *Delali* : **(A)** l'existence d'un lien de subordination entre le commandant accusé et les auteurs de la violation qui a été commise; **(B)** le fait que le commandant savait ou avait des raisons de savoir qu'une infraction était sur le point d'être commise ou l'avait été; **(C)** le fait que le commandant ait omis de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que l'infraction ne soit commise ou pour en punir les auteurs³³.

Même si certaines Chambres ont parfois utilisé des termes différents pour définir ces éléments ou conditions, ils sont en substance demeurés les mêmes et ont été interprétés de façon quasi uniforme dans la plupart des jugements rendus à ce jour. À titre d'exemple, dans son jugement rendu le 31 janvier 2005 dans l'affaire *Strugar*, la Chambre de première instance II, présidée par le Juge Kevin Parker, d'Australie, reproduisit dans les mêmes termes les trois éléments fondamentaux qui devaient, selon elle, être prouvés au-delà de tout doute raisonnable³⁴. Ces trois éléments essentiels furent par ailleurs confirmés par la Chambre d'appel³⁵.

A. L'existence d'un lien de subordination

S'agissant du premier élément, soit l'existence d'un lien de subordination entre le commandant dont la responsabilité est mise en cause et les auteurs du crime sous-jacent, il constitue l'élément central de la doctrine de la responsabilité du commandement pour des crimes commis par des subordonnés.

Dans l'affaire *Aleksovski*³⁶, la Chambre de première instance statua que le critère déterminant pour établir la qualité de supérieur hiérarchique en droit international coutumier ne résidait pas uniquement dans le statut juridique formel de

³³ *Affaire Celebici*, Jugement, *supra* note 15 au para. 346.

³⁴ *Affaire Strugar*, Jugement, *supra* note 17 au para. 358. Voir aussi : *Affaire Limaj et Musliu*, Jugement, *supra* note 14 au para. 520.

³⁵ Voir *inter alia* : *Arrêt Blaškić*, *supra* note 24 aux para. 54 à 69; *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, IT-95-14/2-A, Arrêt (17 décembre 2004) (TPIY, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/kordic/appeal/jugement/index.htm>> [*Arrêt Kordić*] ; et *Arrêt Celebici*, *supra* note 23.

³⁶ *Le Procureur c. Aleksovski*, IT-95-14/1-T, Jugement (25 juin 1999) (TPIY, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/aleksovski/trialc/jugement/index.htm>> [*Affaire Aleksovski*].

l'accusé, mais également dans sa capacité de contrôle, telle qu'exprimée dans ses attributions et ses compétences. Aussi, reprenant la conclusion de la Chambre de première instance dans l'affaire *Celebici*, elle confirma que

le facteur déterminant est la possession ou non d'un réel pouvoir de contrôle sur les agissements des subordonnés. Ainsi le titre officiel de commandant ne saurait être considéré comme une condition préalable et nécessaire à la mise en oeuvre de la responsabilité du supérieur hiérarchique, celle-ci pouvant découler de l'exercice de fait, comme en droit, des fonctions de commandant.³⁷

Il s'ensuit que ce premier élément essentiel constitue en quelque sorte l'« élément déclencheur », ou encore la « condition juridictionnelle » de la responsabilité du commandement, puisqu'en l'absence d'un lien de subordination entre le commandant accusé et les auteurs allégués d'un crime, il ne peut y avoir de responsabilité pénale individuelle au titre de l'article 7 (3) du *Statut*.

En conséquence, si l'accusation n'arrive pas à démontrer l'existence du lien de subordination requis, il n'y a pas lieu d'examiner le deux autres éléments essentiels. Tel que nous le verrons plus loin, c'est sous cet aspect de la doctrine de la responsabilité du commandement que le procureur du TPIY a rencontré le plus de difficultés. Il est donc primordial d'établir avec précision les critères à partir desquels il sera possible de prouver l'existence d'un lien de subordination, ce qui sera examiné ci-dessous (B).

B. Le commandant savait ou avait des raisons de savoir

S'agissant du deuxième élément essentiel qui doit être prouvé par l'accusation, soit que « le commandant savait ou avait des raisons de savoir », il opère en tant que *mens rea* (élément intentionnel) de la doctrine de la responsabilité du commandement. Mis à part le jugement rendu dans l'affaire *Blaškić*, l'interprétation de cet élément est restée constante et uniforme. La Chambre de première instance y avait conclu, de façon erronée selon la Chambre d'appel, que le critère « savait ou avait des raisons de savoir » importait dans le *Statut du TPIY* le standard « aurait dû savoir (*should have known*) » tiré de la jurisprudence des procès suivant la Deuxième Guerre mondiale³⁸. La Chambre d'appel affirma plutôt qu'« un supérieur ne peut être tenu pour pénalement responsable que s'il avait à sa disposition des informations

³⁷ *Ibid.* au para. 76. –La Chambre reprenant les propos de la Chambre de première instance dans l'affaire *Celibici*, *supra* note 15 au para. 370.

³⁸ *Arrêt Blaškić*, *supra* note 24 au para. 62. La Chambre d'appel conclut qu'elle avait résolu la question de l'interprétation du standard « avait des raisons de savoir » dans l'arrêt *Celibici*, et qu'il n'existait donc aucune raison de se démarquer de cette position. À son avis, l'interprétation de la Chambre de première instance, s'agissant du standard « savait ou avait des raisons de savoir », n'était pas conforme à la jurisprudence de la Chambre d'appel – et devait de ce fait être corrigée.

particulières l'avertissant des infractions commises par ses subordonnés »³⁹. De surcroît, elle statua que

le fait de s'abstenir de s'informer n'apparaît pas dans [l'article 7 (3) du *Statut*] comme une infraction distincte. Un supérieur n'a dès lors pas, aux termes de cet article, à répondre de cette négligence, sa responsabilité ne pouvant être mise en cause que parce qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou punir.⁴⁰

Dans le jugement *Halilović*, la Chambre de première instance statua qu'il pouvait être établi qu'un commandant « avait des raisons de savoir » s'il était démontré que ce commandant possédait des informations suffisantes lui permettant de conclure à la possibilité que des actes illégaux étaient commis ou allaient être commis par ses subordonnés ; en d'autres mots, si des informations suffisantes étaient à sa disposition pour justifier la nécessité d'une enquête plus approfondie de sa part⁴¹. Néanmoins, toujours selon la Chambre d'appel, ces informations n'ont pas besoin en elles-mêmes d'être suffisantes pour conclure à l'existence de telles infractions⁴².

Cela dit, il faut également souligner que la Chambre d'appel établit, dans l'affaire *Celebici*, l'un des principes les plus importants concernant l'examen de la *mens rea* de l'article 7 (3) du *Statut*, soit la *connaissance du commandant*, qu'elle soit *réelle* ou *établie indirectement* (avait des raisons de savoir). La Chambre d'appel statua que cet examen devait se faire à la lumière des circonstances de l'espèce, en prenant en compte la situation particulière du commandant accusé à l'époque des faits, et qu'il s'agissait en conséquence d'une évaluation factuelle qui devait se faire sur la base des éléments de preuve présentés devant la Chambre⁴³.

C. L'omission de prendre les mesures nécessaires et raisonnables

S'agissant du troisième élément essentiel, soit l'omission du commandant de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir ou punir, il concerne l'omission du commandant, en tant que tel et dans les faits, d'avoir pris les mesures nécessaires et raisonnables. Rappelons qu'il doit déjà avoir été prouvé que (a) un lien de subordination existait entre le commandant et les auteurs présumés du crime et que (b) le commandant savait ou avait des raisons de savoir que des crimes avaient été commis ou allaient être commis par ses subordonnés.

Sous cet aspect, l'article 7 (3) du *Statut* contient deux obligations distinctes soit, d'une part, l'obligation de prévenir, d'empêcher ou de mettre fin à la commission d'une infraction et, d'autre part, l'obligation de punir les auteurs d'une

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Affaire Halilović*, Jugement, *supra* note 4 au para. 68.

⁴² *Arrêt Celebici*, *supra* note 23 ; voir le raisonnement de la Chambre, aux para. 216 à 241.

⁴³ *Ibid.* au para. 239.

violation⁴⁴. L'obligation de prévenir est déclenchée dès le moment où le supérieur acquiert la connaissance ou obtient des raisons de croire qu'un crime est sur le point d'être commis, tandis que l'obligation de punir intervient une fois l'infraction consommée⁴⁵.

Le contenu de l'obligation de prévenir ou de punir dépendra de la capacité matérielle du commandant d'intervenir dans une situation donnée⁴⁶. Par conséquent, l'évaluation consistant à déterminer si le commandant a pris les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir ou punir doit s'effectuer à la lumière de la capacité matérielle de l'accusé de prendre de telles mesures au moment des faits. Il y a donc un lien entre le premier élément essentiel, soit l'existence d'un lien de subordination fondée sur la capacité de contrôle du commandant, et le troisième. Parmi les facteurs à prendre en considération, on retrouve donc, *inter alia*, les ordres spécifiques émis pour interdire ou mettre fin à des activités criminelles, les mesures prises pour s'assurer de la mise en œuvre des ordres donnés, les autres mesures prises afin de mettre fin à des actes illégaux, ainsi que l'efficacité et la suffisance de ces mesures dans les circonstances de l'espèce. Enfin, une fois la violation consommée, toutes les démarches doivent avoir été effectuées afin d'établir les faits (par enquête ou autre), ou pour s'assurer que les auteurs de ces violations aient à répondre de leurs actes devant la justice selon les lois en vigueur⁴⁷.

Il y a finalement lieu de souligner que l'accusation n'a pas à prouver l'existence d'un lien de causalité entre le fait qu'une infraction ait été commise et l'omission du commandant de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que cette infraction ne soit commise. Cet argument a été soulevé par la défense dans l'affaire *Blaškić*, qui plaidait la nécessité d'établir le lien de causalité entre le crime et le manquement du commandant – ou, en d'autres mots, de faire la preuve que le crime n'aurait pas eu lieu si le commandant n'avait pas manqué à ses obligations – pour conclure à la responsabilité du commandant selon l'article 7 (3) du *Statut*⁴⁸. Cette problématique avait déjà été abordée par la Chambre de première instance dans l'affaire *Celebici* en ces termes :

Nonobstant la place centrale qu'occupe le principe de causalité en droit pénal, l'existence d'un lien de cause à effet n'est traditionnellement pas considérée comme la condition *sine qua non* pour engager la responsabilité pénale d'un supérieur coupable de ne pas avoir empêché ses subordonnés de commettre des infractions ou de ne pas les en avoir punis. Ainsi, la Chambre de première instance n'a pas trouvé dans la jurisprudence non plus que (à une exception près) dans l'abondante littérature consacrée au sujet de quoi justifier l'exigence de la preuve d'un lien de causalité comme élément distinct de la responsabilité du supérieur hiérarchique.⁴⁹

⁴⁴ *Affaire Strugar*, Jugement, *supra* note 17 au para. 373 – se référant à l'*Arrêt Blaškić*, *supra* note 16 au para. 83.

⁴⁵ *Affaire Kordić*, IT-95-14/2-T, Jugement (26 février 2001) aux para. 445 à 446 (TPIY, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/kordic/trialc/jugement/index.htm>>.

⁴⁶ *Affaire Strugar*, Jugement, *supra* note 17 au para. 374.

⁴⁷ *Ibid.* au para. 378.

⁴⁸ *Arrêt Blaškić*, *supra* note 24; mémoire d'appel aux para. 143 à 144.

⁴⁹ *Affaire Celebici*, Jugement, *supra* note 15 au para. 398.

La Chambre d'appel suivit ce raisonnement dans l'affaire *Blaškić* et conclut que l'existence d'un lien de causalité entre le manquement du supérieur et la commission d'un crime n'était pas un élément de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Cela dit, elle rappela qu'il s'agissait, ici aussi, davantage d'une question de faits à établir au « cas par cas » que d'une question de droit à résoudre dans l'abstrait⁵⁰.

II. L'existence d'un lien de subordination et la notion de « contrôle effectif »

Le survol des éléments essentiels qui doivent être prouvés au titre de l'article 7 (3) du *Statut du TPIY* renforce le fait que la responsabilité du commandement constitue une forme autonome de responsabilité pénale individuelle qui se démarque des modes de responsabilité pénale mieux connus tels que « ordonner, planifier, ou inciter à la perpétration d'une violation ». Cela nous permet également de mettre en exergue le fait que la responsabilité du commandement est une forme de responsabilité unique, en ce qu'elle s'applique spécifiquement – et exclusivement – à des personnes occupant des postes de commandement, lesquelles sont donc responsables de la conduite de leurs subordonnés. Cela découle de l'obligation positive imposée aux commandants militaires de prévenir les crimes de guerre⁵¹.

De même, il apparaît à la lecture de la section précédente que la responsabilité du commandement est aussi un mode exceptionnel de responsabilité pénale individuelle, car les commandants jugés coupables suivant l'article 7 (3) du *Statut du TPIY* se voient attribué une responsabilité pénale pour des crimes qu'ils n'ont jamais eu l'intention de commettre (absence de *mens rea*) et auxquels ils n'ont participé d'aucune façon (absence de contribution à l'*actus reus*). De surcroît, il est important de souligner qu'à la lecture des jugements rendus liés à la responsabilité du commandement, les commandants déclarés coupables au titre de l'article 7 (3) du *Statut* semblent dans les faits avoir été condamnés pour le crime principal commis par leurs subordonnés, ce qui est en soi pour le moins atypique s'agissant de droit pénal⁵². Il s'ensuit selon nous que le caractère particulier et exceptionnel de la doctrine de la

⁵⁰ Arrêt *Blaškić*, *supra* note 24 au para. 77.

⁵¹ Pour certains auteurs, l'obligation de prévenir la commission de crimes de guerres remonte aussi loin que 500 ans avant J.C. Voir *inter alia* Major William H. Parks, « Command Responsibility for War Crimes » (1973) 62 Mil. L. Rev. 1 aux pp. 2 à 10. L'origine de l'obligation, en tout état de cause, est liée à l'art. 1 de la *Convention IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907 reproduite dans Roberts et Guelff, *Documents on the Law of War*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1989 aux pp. 48-58.

⁵² Certains Juges du TPIY ne partagent pas cet avis. Voir : *Affaire Hadžihasanović*, IT-01-47-AR72, Décision sur l'appel interlocutoire concernant l'exception préjudicielle de compétence soulevé par la défense (responsabilité du supérieur hiérarchique) (16 juillet 2003) opinion partiellement dissidente du Juge Shahabuddeen (TPIY, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/hadzihas/appeal/decision-f/030716.htm>>.

responsabilité du commandement justifie d'abord, lors de sa mise en œuvre, l'adoption d'une interprétation restrictive de chacun de ses éléments, mais aussi l'importance d'identifier et de sélectionner avec le plus grand soin les personnes à qui elle s'applique avant de porter des accusations contre elles.

Dans cette optique, il est primordial de faire la distinction entre deux type de responsabilités. Il y a, d'une part, le commandant qui *a participé* à une infraction, soit parce qu'il a ordonné, planifié ou incité à la commission d'un crime, ou encore parce qu'il a ordonné à ses subordonnés de participer à une attaque ou autre activité en apparence légitime et ce, en pleine connaissance du risque réel et hautement probable que des violations en résulteraient (*dolus eventualis*). Il y a, d'autre part, un commandant qui *a manqué à son obligation de prévenir* la commission d'un crime par ses subordonnés. Alors que la responsabilité du premier a toujours été fondée tant en droit conventionnel qu'en droit international coutumier⁵³, l'origine coutumière de la responsabilité du second est limitée à certains procès qui ont suivi la Seconde Guerre mondiale (dont celui du général Yamashita⁵⁴), tandis que son fondement conventionnel, l'article 86 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949⁵⁵, n'a été adopté qu'en 1977.

La responsabilité du commandement en tant que mode de responsabilité pénale individuelle s'applique à un groupe restreint de personnes qui occupent des positions de commandement et dont l'autorité découle en substance de « la possession ou non d'un réel pouvoir de contrôle sur les agissements de leurs subordonnés »⁵⁶. C'est d'ailleurs ce pouvoir de contrôle qui déclenche la responsabilité du

⁵³ Voir *inter alia* la Déclaration de St-James de 1942, qui affirma que les Alliés « avaient placé dans leurs principaux buts de guerre la punition, par le biais de la justice, de ceux qui étaient coupables de ces crimes, qu'ils les aient ordonnés, commis ou qu'ils y aient participé ». *Déclaration de St-James*, 13 janvier 1942, reproduit dans Manfred Lachs, *An Attempt to Define the Issues*, Londres, Steven & Son Ltd., 1945 aux pp. 94 à 95. Voir également les articles concernant les violations graves des Conventions de Genève : art. 49 de la Convention I (*Convention I de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31 [entrée en vigueur : 21 octobre 1950]) ; art. 50 de la Convention II (*Convention II de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85 [entrée en vigueur : 21 octobre 1950]), art. 129 de la Convention III (*Convention III de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135 [entrée en vigueur : 21 octobre 1950]) et art. 146 de la Convention IV (*Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287 [entrée en vigueur : 21 octobre 1950]). Ces dispositions se réfèrent à la responsabilité des « personnes qui ont commis, ou qui ont ordonné de commettre ces violations graves ».

⁵⁴ *United States v. Tomoyuki Yamashita* (8 octobre 1945 au 7 décembre 1945), 4 Law Reports of the Trials of War 35 (U.S. Military Commission, 1945). En appel devant la Cour Suprême des États-Unis : *Application of Yamashita* 327 U.S. 1 (1946) [*Application of Yamashita*].

⁵⁵ *Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) [Protocole I]. L'art. 86 (2) du Protocole I se lit comme suit : « Le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction ».

⁵⁶ *Affaire Celebici*, Jugement, *supra* note 15 au para. 370.

commandant pour la conduite de ses subordonnés. Partant, la Chambre d'appel a élaboré le test du « contrôle effectif » exercé par le commandant sur les auteurs allégués d'une violation pour déterminer si ce dernier pouvait être tenu pénalement responsable pour ne pas avoir empêché cette violation ou pour ne pas en avoir puni les auteurs. La Chambre d'appel a, de plus, défini le « contrôle effectif » qui doit être exercé par le commandant pour remplir la condition du lien de subordination de l'article 7 (3) comme étant « la capacité matérielle du commandant de prévenir ou de punir »⁵⁷.

Tel que mis en exergue par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) dans son Commentaire sur l'article 86 du Protocole I, tiré de l'affaire du *Haut Commandement*⁵⁸, la doctrine de la responsabilité du commandement ne se rapporte pas à tous ceux qui font partie de la chaîne de commandement au sein d'une unité, car le fondement de la doctrine est le comportement du commandant particulier qui n'a pas rempli son obligation de superviser ses subordonnés de façon appropriée⁵⁹. Il ne s'agit pas là d'un concept théorique, la responsabilité du supérieur s'appliquant à celui qui a une responsabilité personnelle envers l'auteur d'un crime parce que ce dernier est sous son contrôle; il s'agit de l'élément qui déclenche le devoir correspondant du commandant, soit celui d'agir. En outre, la responsabilité du commandement ne s'applique pas, à titre d'exemple, aux individus qui détiennent une position leur permettant d'exercer une influence sur le comportement d'autres personnes sans toutefois être responsable de leurs actions⁶⁰. La doctrine de la responsabilité du commandement n'exige cependant pas l'exercice d'un contrôle formel, puisque l'autorité du commandant n'est pas nécessairement fondée sur le statut ou l'autorité formelle⁶¹ de ce dernier, mais peut aussi être fondée sur l'existence de pouvoirs *de facto*⁶². De surcroît, la Chambre d'appel a reconnu

[qu']en règle générale, la détention d'un pouvoir *de jure* peut en soi ne pas suffire à établir la responsabilité du supérieur hiérarchique si elle ne se traduit pas par un contrôle effectif, encore qu'une juridiction puisse présumer que, jusqu'à preuve du contraire, elle emporte un contrôle effectif.⁶³

⁵⁷ *Arrêt Celebici*, *supra* note 24 au para. 256.

⁵⁸ *United States v. Wilhelm von Leeb et als.*, 12 Law Reports of Trials of War Criminals 1 (U.S. Military Commission, 1948).

⁵⁹ CICR, *Commentaire l'article 86 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, au para. 3546, en ligne : CICR <<http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750112?OpenDocument>>.

⁶⁰ *Arrêt Celebici*, *supra* note 23 au para. 266. La Chambre d'appel rejeta l'argument selon lequel un supérieur peut être tenu responsable sur la base d'un simple pouvoir d'influence. Elle conclut qu'une « influence appréciable entendue comme moyen de contrôle n'allant pas jusqu'à l'exercice d'un contrôle effectif sur les subordonnés, lequel suppose une capacité matérielle d'empêcher ou de punir, ne trouve pas suffisamment de crédit dans la pratique des États ou la jurisprudence » : une influence appréciable ne suffit pas à déclencher une responsabilité pénale.

⁶¹ *Ibid.* aux para. 195 et 196.

⁶² *Ibid.* au para. 303.

⁶³ *Ibid.* au para. 107.

Elle a donc admis la possibilité que le commandant d'une unité, bien qu'il possède un pouvoir *de jure* sur les membres de cette dernière, puisse ne pas exercer un contrôle effectif, tel que défini plus haut, sur ces derniers. Enfin, il y a lieu de souligner que le lien de subordination qui doit être prouvé par l'accusation ne doit pas nécessairement être permanent, pourvu qu'il ait existé au moment où le crime a été commis⁶⁴. C'est aussi le point de vue adopté par le CICR dans son Commentaire sur le Protocole I⁶⁵.

Dans l'affaire *Strugar*, la Chambre de première instance se prononça sur la question de savoir si un commandant pouvait être tenu responsable au titre de l'article 7 (3) du *Statut du TPIY* pour des crimes commis par les membres d'une unité qui se situerait deux niveaux plus bas dans la chaîne de commandement. Dans cette affaire, alors que l'accusé était le commandant du deuxième groupe opérationnel de l'Armée nationale yougoslave (JNA), les unités impliquées dans le bombardement illégal de la vieille ville de Dubrovnik⁶⁶ étaient situées à deux niveaux inférieurs de sa chaîne de commandement, le neuvième secteur naval militaire se retrouvant au milieu. Se déclarant d'abord satisfaite qu'un lien de subordination *de jure* existait entre l'accusé et les unités impliquées, la Chambre de première instance observa légitimement que l'existence d'une autorité *de jure* ne constituait pas une preuve au-delà de tout doute raisonnable de l'exercice d'un contrôle effectif. Partant, elle s'attacha à déterminer si, au regard de la preuve au dossier, Strugar avait la capacité matérielle de prévenir l'attaque sur la vieille ville le 6 décembre 1991 et d'en punir les auteurs. Elle finit par conclure que l'accusé exerçait bel et bien un contrôle effectif sur les auteurs de cette attaque illégale⁶⁷.

À la lumière de ce raisonnement et de la définition de « contrôle effectif » adoptée par la Chambre d'appel, il nous apparaît que le test suivant est celui qui permettrait le mieux de déterminer si, dans une situation donnée, le critère du contrôle effectif est satisfait, et ainsi de déterminer si le commandant mis en cause pourra ou non voir sa responsabilité pénale individuelle engagée sur la base de la doctrine de la responsabilité du commandement. Suivant ce test, une personne occupant un poste de commandement pourrait voir sa responsabilité pénale engagée sur la base du contrôle effectif exercé sur une unité et ses membres lorsque les éléments de preuve au dossier démontrent : (1) qu'il était en mesure d'agir et qu'il agissait dans les faits à titre de commandant de cette unité et de ses membres; et (2) que l'unité et ses membres agissaient et se comportaient à son égard comme s'il en était le commandant. Il va de soi qu'il s'agit d'un test cumulatif qui découle de la nécessité d'établir à la fois que le

⁶⁴ *Affaire Strugar*, Jugement, *supra* note 17 au para. 362.

⁶⁵ Voir CICR, *Commentaire sur l'art. 87 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, en ligne : CICR <<http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750113?OpenDocument>> au para. 3554. « Un commandant peut se voir attribuer, pour une opération déterminée et pour un temps limité, un renfort constitué par des troupes qui ne sont, normalement, pas placées sous son commandement. Il devra veiller à ce que ces membres des forces armées respectent les Conventions et le Protocole aussi longtemps qu'ils sont sous ses ordres ».

⁶⁶ Étaient impliqués : le troisième bataillon de la 472^e brigade motorisée, le troisième bataillon de la cinquième brigade motorisée, et le 107^e groupe d'artillerie côtière.

⁶⁷ *Affaire Strugar*, Jugement, *supra* note 17 aux para. 379 à 414.

commandant exerçait une autorité sur un groupe d'individus et que ces derniers, en retour, respectaient cette autorité. Ce test confirme en outre la nécessité, au moment de déterminer si un commandant exerce le contrôle effectif requis, de procéder au cas par cas et à la lumière des éléments de preuve admis au dossier⁶⁸.

Enfin, une condition supplémentaire s'applique à la détermination de l'existence d'un lien de subordination entre l'accusé et les prétendus auteurs d'une violation, soit que ce lien devait exister au moment où les crimes furent commis⁶⁹. Cette dernière condition fut confirmée par la Chambre d'appel qui statua, dans l'affaire *Hadžihasanović* (trois juges contre deux), qu'un commandant ne pouvait être poursuivi au titre de l'article 7 (3) du *Statut du TPIY* pour des crimes commis par ses subordonnés avant son entrée en fonction. Bien que deux des cinq juges aient argué, dans leur opinion dissidente⁷⁰, qu'un commandant nouvellement entré en fonction ne pouvait se soustraire à son obligation de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour punir ses nouveaux subordonnés responsables d'une violation commise avant qu'il n'entre en fonction – bien entendu s'il avait eu connaissance de la situation –, il ne s'agit pas là, à notre avis, d'une forme de responsabilité qui découle de la doctrine de la responsabilité du commandement. En effet, un tel comportement de la part du commandant correspondrait plutôt en droit pénal à une forme d'aide et d'encouragement après le fait illicite. À notre avis, la Chambre d'appel a donc eu raison de limiter la portée de l'article 7 (3) du *Statut du TPIY* aux violations commises au moment où le commandant exerce un contrôle effectif sur les auteurs allégués d'une violation, ce qui permet de maintenir l'intégrité de la doctrine de la responsabilité du commandement.

III. La détermination de l'existence d'un lien de subordination dans l'affaire *Hadžihasanović*

Tel que mentionné précédemment, la Chambre de première instance jugea, dans l'affaire *Hadžihasanović*, que l'existence d'un lien de subordination entre l'accusé et les *mujahedins* n'avait pas été établie pour la période du 18 novembre 1992 au 13 août 1993, mais qu'au-delà du 13 août 1993, le général Hadžihasanović exerçait en revanche bel et bien un contrôle effectif sur ces éléments. Partant, la Chambre de première instance l'acquitta pour les accusations liées aux exactions commises par les *mujahedins* avant le 13 août⁷¹. D'autre part, elle le déclara toutefois

⁶⁸ *Ibid.*, au para. 366.

⁶⁹ Voir *Affaire Hadžihasanović*, Décision sur l'appel interlocutoire concernant l'exception préjudicielle de compétence soulevé par la défense (responsabilité du commandement), *supra* note 52. Dans cette affaire, bien que le procureur du TPIY ait allégué que l'accusé Kubura était devenu commandant de la septième brigade musulmane de montagne en avril 1993, il était accusé sur la base de l'art. 7 (3) du *Statut* pour des événements survenus en janvier 1993. La Chambre d'appel statua que l'accusé Kubura ne pouvait être jugé pour les violations qui se seraient produites en janvier 1993, avant qu'il ne devienne commandant de la septième brigade.

⁷⁰ *Ibid.*, voir l'opinion partiellement dissidente des juges Shahabudeen et Hunt.

⁷¹ *Affaire Hadžihasanović*, Jugement, *supra* note 4. Liste des chefs d'accusation liés aux *mujahedins* : acquitté.

coupable de ne pas avoir pris les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir le meurtre de Dragan Popović⁷² et le traitement cruel infligé à quatre autres civils par les *mujahedins* entre le 27 octobre et le début du mois de novembre 1993, après son assignation à de nouvelles fonctions et son départ de la Bosnie centrale le 1^{er} novembre⁷³.

Invoquant plusieurs motifs⁷⁴, la défense du général Hadžihasanović a depuis fait appel de ce jugement. Parmi les raisons évoquées, la suivante mérite une attention toute particulière dans le cadre du présent article.

Notons tout d'abord que le général Hadžihasanović ne fut pas déclaré coupable d'avoir omis de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour punir les *mujahedins* responsables des violations. Cela était somme toute prévisible eu égard au fait que les premières informations concernant la décapitation de Dragan Popović avaient été portées à la connaissance des officiers du troisième corps de l'ABiH après que le général Hadžihasanović eût quitté ses fonctions de commandant.

Cela dit, la Chambre de première instance ayant jugé que le général Hadžihasanović exerçait un contrôle effectif sur les *mujahedins* au moment où ces crimes odieux furent commis, elle conclut du même coup que la seule possibilité qui s'offrait à lui pour empêcher les *mujahedins* de commettre ces crimes eût été de lancer une attaque sur leur camp à Orašac⁷⁵, alors même que personne ne savait que les cinq civils enlevés par les *mujahedins* étaient détenus à cet endroit⁷⁶.

⁷² Le meurtre de Dragan Popović en est un particulièrement odieux, puisqu'il s'agit de la décapitation de cet individu au cours d'un rituel religieux tenu en présence des quatre victimes de traitement cruel, qui durent par la suite embrasser la tête détachée de Dragan Popović avant de procéder eux-mêmes à son enterrement avec leurs mains.

⁷³ *Affaire Hadžihasanović*, IT-01-47-PT, Troisième acte d'accusation modifié (26 septembre 2003) (TPIY, Procureur du TPIY), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/indictment/french/had-3ai030926f.htm>>. Voir le chef d'accusation numéro trois (meurtre de Dragan Popović à Orašac entre le 27 octobre et le début de novembre 1993, art. 3 et 7 (3) du *Statut* [manquement à l'obligation de prévenir]) ; et chef d'accusation numéro quatre (traitement cruel à l'égard de quatre civils détenus à Orašac entre le 27 octobre et le début du mois de novembre 1993, art. 3 et 7 (3) du *Statut* [manquement à l'obligation de prévenir]).

⁷⁴ Parmi les motifs d'appel soulevés, notons : « La Chambre de première instance a erré en jugeant que le général Hadžihasanović exerçait une autorité de jure sur les *mujahedins* » ; « La Chambre de première instance a erré en jugeant que le général Hadžihasanović exerçait un contrôle effectif sur les *mujahedins* » ; « La Chambre de première instance a erré en jugeant que le général Hadžihasanović avait des raisons de savoir que les *mujahedins* étaient sur le point de commettre ou étaient en train de commettre des violations à Orašac » ; « La Chambre de première instance a erré en statuant sur l'existence d'un lien de causalité implicite entre les violations commises par les *mujahedins* et l'inaction du général Hadžihasanović et qu'il revenait à ce dernier de justifier pourquoi une attaque lancée sur eux n'était pas une mesure appropriée » ; et « La Chambre de première instance a erré en jugeant que le général Hadžihasanović avait omis de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir les violations commises à Orašac par les *mujahedins* ».

⁷⁵ *Affaire Hadžihasanović*, Jugement, *supra* note 4 au para. 1459.

⁷⁶ *Ibid.* au para. 1466.

Outre le fait que le général Hadžihasanović ne savait pas où les cinq civils enlevés par les *mujahedins* étaient détenus⁷⁷, la question se pose de savoir s'il est possible d'en arriver à la conclusion qu'un commandant exerce un contrôle effectif sur un groupe d'individus alors que la seule action qui lui est loisible de prendre pour empêcher ce même groupe d'individus de commettre un crime est de les attaquer. Tandis que la défense du général Hadžihasanović fit valoir, tant dans ses arguments oraux que par écrit, que le fait d'avoir à attaquer les *mujahedins* pour les empêcher de commettre une violation éliminait toute possibilité que le général Hadžihasanović eut exercé à ce moment un contrôle effectif sur ce groupe⁷⁸, la Chambre de première instance jugea que l'exercice d'un contrôle effectif ne pouvait être écarté automatiquement dans ce type de situation et qu'il y avait lieu d'analyser de tels scénarios au cas par cas⁷⁹. La Chambre ajouta ensuite que « si un commandant a la capacité matérielle d'employer la force pour faire respecter le droit international humanitaire, il peut être forcé de le faire si les circonstances ne lui laissent aucun autre choix »⁸⁰.

À notre avis, la Chambre a ici confondu la capacité matérielle d'un commandant de prévenir que des violations du droit international humanitaire ne soient commises par ses subordonnés avec les moyens militaires à la disposition d'un commandant pour lancer une attaque contre une cible militaire afin d'accomplir sa mission.

Bien qu'il reviendra à la Chambre d'appel de trancher le débat, il nous apparaît tout de même que la Chambre de première instance a fait fausse route en jugeant que le général Hadžihasanović exerçait un contrôle effectif sur les *mujahedins*, alors même que seule une attaque contre leur camp aurait permis de les empêcher de commettre les violations mentionnées. Tout d'abord, il serait contraire à la doctrine de la responsabilité du commandement de tenir un commandant responsable pour des crimes commis par un groupe d'individus qui ne respectent pas son autorité. Cela irait à l'encontre de la théorie selon laquelle un commandant ne peut être tenu pénalement responsable que pour les actes des subordonnés qui respectent son autorité et pour lesquels il est responsable. Or, il apparaît évident, puisque seule une attaque lancée dans le but d'éliminer ou de faire prisonniers les *mujahedins*, au même titre que tout autre ennemi, aurait pu les empêcher de commettre ces crimes, que ces derniers ne respectaient pas ou ne respectaient plus l'autorité du général Hadžihasanović. Qui plus est, l'option de lancer une attaque contre ses propres subordonnés, le cas échéant, ne fait pas partie selon nous de ce qui est envisagé par la Chambre d'appel sous la rubrique « capacité matérielle de prévenir ou de punir » pour déterminer si un commandant exerçait ou non un contrôle effectif sur ses subordonnés. Cette position est soutenue par la jurisprudence du TPIY,

⁷⁷ Il est à noter que suivant les arguments soumis par la défense, le général Hadžihasanović n'aurait même pas su que cinq civils avaient été enlevés par des *mujahedins* le 27 octobre 1993, ou vers cette date.

⁷⁸ *Affaire Hadžihasanović*, *supra* note 4 – voir le mémoire en clôture de la défense (7 juillet 2005) et la plaidoirie de la défense (15 juillet 2005).

⁷⁹ *Affaire Hadžihasanović*, Jugement, *supra* note 4 au para. 86.

⁸⁰ *Idem*.

puisque parmi tous les exemples utilisés pour décrire la « capacité matérielle de prévenir ou de punir d'un commandant », aucun ne laisse croire que l'emploi de la force – du type « lancer une attaque » – ne serait comprise dans cette définition. Enfin, l'option de lancer une attaque contre ses propres subordonnés ne fait pas non plus partie, selon nous, des mesures nécessaires et raisonnables pour punir ou prévenir envisagées par le troisième élément essentiel de l'article 7 (3) du *Statut*. De nouveau, suite au survol de tous les exemples utilisés dans la jurisprudence du TPIY pour décrire ces mesures, force est de constater que pas un seul ne mentionne ou ne laisse croire que le fait de lancer une attaque serait l'une des mesures envisagées.

Argument additionnel qui soutient notre position, il serait tout bonnement illégal pour un commandant, selon le droit national en vigueur, d'employer la force contre ses propres subordonnés (force qui comprend la possibilité de les tuer) pour faire respecter le droit international humanitaire. Le droit international humanitaire ne permet tout simplement pas, à notre avis, de tuer des combattants autres que des combattants ennemis. Le scénario envisagé par la Chambre de première instance aurait à tout le moins nécessité que le général Hadžihasanović ait d'abord obtenu au minimum l'autorité légale de tuer les *mujahedins* si, tel qu'ainsi jugé par la Chambre, ces derniers étaient bel et bien ses subordonnés. Cela démontre selon nous sans ambiguïté qu'un tel scénario se situe dans un tout autre paradigme que celui de la responsabilité du commandement.

IV. La politique pénale du procureur du TPIY en matière de responsabilité du commandement

Tel que mentionné dans l'introduction de cet article, l'accusation n'a pas réussi à prouver l'existence d'un lien de subordination, en tout ou en partie, dans plusieurs des cas soumis au TPIY, dont les affaires *Delalić*⁸¹, *Hadžihasanović*, *Kubura*⁸², *Blaškić*⁸³, *Halilović*⁸⁴, *Limaj et Musliu*⁸⁵. Plus encore : à la lecture des accusations portées contre Rasim Delić⁸⁶ et Ljube Boskoski⁸⁷, des conclusions similaires sont selon nous aussi à prévoir dans ces affaires dont les procès doivent avoir lieu sous peu. Bien que les procédures ne soient terminées (première instance et appel) que dans deux de ces affaires (*Delalić* et *Blaškić*), cela soulève néanmoins la question de savoir si la doctrine de la responsabilité du commandement, telle que codifiée par l'article 7 (3) du *Statut du TPIY*, demeure aujourd'hui un mode de responsabilité pénale individuelle viable devant le TPIY.

⁸¹ *Affaire Celebici*, Jugement, *supra* note 15 et *Arrêt Celebici*, *supra* note 23.

⁸² *Affaire Hadžihasanović*, Jugement, *supra* note 4.

⁸³ *Arrêt Blaškić*, *supra* note 24.

⁸⁴ *Affaire Halilović*, Jugement, *supra* note 8.

⁸⁵ *Affaire Limaj et Musliu*, Jugement, *supra* note 14.

⁸⁶ *Affaire Delić*, Acte d'accusation initial, *supra* note 5.

⁸⁷ *Affaire Boškoški et Tarčulovski*, Acte d'accusation modifié, *supra* note 5. Le procès dans cette affaire doit débiter le 16 avril 2007.

Tout d'abord, il y a lieu de souligner l'analyse détaillée effectuée par la Chambre de première instance dans l'affaire *Strugar*, dans laquelle elle conclut que les trois éléments essentiels de la responsabilité du commandement avaient été prouvés par l'accusation, avant de prononcer un verdict de culpabilité à l'égard de Strugar. Ce jugement est un exemple convaincant de la possibilité d'obtenir une condamnation au titre de l'article 7 (3) du *Statut* dans les cas appropriés.

Cela dit, il est difficile d'être aussi positif s'agissant des autres affaires mentionnées dans cet article. Dans l'affaire *Limaj*, la stratégie du procureur au procès semble avoir été axée principalement sur la responsabilité des accusés pour leur implication personnelle dans la commission des violations mentionnées dans l'acte d'accusation, suivant l'article 7 (1) du *Statut du TPIY*. D'une part, cela pourrait expliquer le peu d'attention accordée par l'accusation à la démonstration de l'existence d'un lien de subordination entre Limaj, Musliu et les auteurs allégués des crimes commis dans la prison de Llapushink. D'autre part, toutefois, cela démontre à la fois les difficultés engendrées par le dépôt d'accusations contre le même individu en vertu des articles 7 (1) et 7 (3) du *Statut* simultanément, ainsi que sans égard à la différence fondamentale existant entre un mode de responsabilité pénale individuelle, lié à l'implication directe d'un accusé dans la perpétration d'une violation, et une forme de responsabilité pénale rattachée au manquement de la part d'un commandant de remplir son obligation de prévenir la commission de toute infraction par ses subordonnés ou de les punir, le cas échéant, lorsque le crime a été commis avant qu'il n'en prenne connaissance.

Dans l'affaire *Halilović*⁸⁸, puisque les actes reprochés à l'accusé se limitaient à des accusations portées exclusivement au titre de l'article 7 (3) du *Statut*, l'accusation a bien entendu porté toute son attention sur la responsabilité du général Halilović pour ne pas avoir pris les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir ou punir les crimes commis par ses subordonnés. Il est toutefois étonnant que le procureur n'ait pas porté d'accusation contre certains commandants de niveaux inférieurs à celui d'Halilović, dont l'identité était pourtant connue et qui occupaient des postes de commandement au cours de la même période. Alors qu'il apparaissait évident que ces derniers exerçaient un contrôle effectif sur leurs subordonnés et qu'incidemment un lien de subordination existait entre eux et les prétendus auteurs des exactions commises⁸⁹, le procureur préféra plutôt accuser strictement Halilović, dont la participation à l'Opération Neretva était, en tout état de cause, sujette à caution⁹⁰. Il semblerait pourtant que le procureur eut su dès le départ qu'Halilović n'avait pas d'autorité *de jure* sur les auteurs allégués, et que sa position de commandant relative à l'Opération Neretva demeurait nébuleuse. Malgré tout, dans le but apparent de déposer un acte d'accusation contre le plus haut responsable mis en cause, il décida de formuler des accusations pour ces crimes exclusivement à l'endroit d'Halilović, avec le résultat que l'on connaît. Une telle approche démontre tout

⁸⁸ *Affaire Halilović*, Jugement, *supra* note 8. Le général Halilović n'avait été accusé que sur la base de l'article 7 (3) du *Statut*.

⁸⁹ *Ibid.* au para. 3.

⁹⁰ *Ibid.* aux para. 174 à 244.

d'abord que la doctrine de la responsabilité du commandement, telle que codifiée à l'article 7 (3) du *Statut*, ne devrait pas être utilisée comme un moyen pour atteindre les commandants aux niveaux supérieurs d'une armée en l'absence des éléments de preuve nécessaires et des circonstances appropriées. Qui plus est, la doctrine de responsabilité du commandement ne doit pas servir de substitut à des accusations portées au titre de l'article 7 (1) du *Statut du TPIY* lorsque la preuve disponible ne permet pas de porter de telles accusations.

Ce qui est encore plus surprenant dans cette affaire, c'est que le général Halilović aurait très bien pu être accusé pour les mêmes faits que ceux ayant donné lieu aux accusations portées contre le général Hadžihasanović. Halilović était notamment et sans l'ombre d'un doute le commandant de l'ABiH, et donc le supérieur de Hadžihasanović le 8 juin 1993, date à laquelle les *mujahedins* commirent leurs pires violations, incluant l'exécution de plus de trente prisonniers du HVO dans le village de Maline, en Bosnie centrale. Le procureur opta plutôt sur le tard⁹¹ pour la décision d'accuser pour ces faits le général Rasim Delić, nouveau commandant de l'ABiH justement nommé à ce poste le 8 juin 1993. L'accusation connaît pourtant très bien la jurisprudence du TPIY selon laquelle le commandant accusé en vertu de l'article 7 (3) du *Statut* doit exercer un contrôle effectif sur les auteurs des violations au moment où ces dernières sont commises. Il est donc à prévoir que la défense du général Delić fera valoir, fort probablement avec succès, que ce dernier n'a jamais pu exercer un quelconque contrôle effectif sur les *mujahedins* lors des événements du 8 juin 1993⁹². À n'en pas douter, la politique pénale du procureur du TPIY est difficile à cerner en matière d'accusations portées sur la base de la doctrine de la responsabilité du commandement.

Nul ne peut pourtant douter de l'importance de la doctrine de la responsabilité du commandement pour assurer le succès de la mise en oeuvre du droit international humanitaire. Tel que souligné par la Cour Suprême des États-Unis dans l'affaire *Yamashita*, « le droit de la guerre présuppose que sa violation sera évitée par

⁹¹ L'acte d'accusation contre Rasim Delić fut confirmé le 15 mars 2005, alors qu'il ne restait que quatre mois au procès dans l'affaire *Hadžihasanović*, lequel avait débuté en décembre 2003. *Le Procureur c. Rasim Delić*, Acte d'accusation initial, *supra* note 5.

⁹² *Affaire Delić*, Acte d'accusation initial, *supra* note 5. Dans une requête préliminaire invoquant une exception préjudicielle de compétence, la défense du général Delić a déjà fait valoir que le TPIY n'avait pas compétence pour juger l'accusé pour ce crime, car il était physiquement impossible que le général Delić ait été en mesure d'exercer un contrôle effectif sur les *mujahedins* le 8 juin 1993. La Chambre de première instance III rejeta la requête de la défense qui porta cette décision en appel. La Chambre d'appel décida pour sa part de maintenir cette accusation en se basant sur une des allégations du procureur dans l'acte d'accusation à l'encontre de Rasim Delić. Elle soutint donc que l'accusé exerçait un contrôle effectif sur les *mujahedins* supposés avoir commis ce crime au moment des faits, bien que les preuves sur lesquelles l'acte d'accusation avait été confirmé ne supportassent pas cette conclusion. Pour la décision de la Chambre de première instance, voir : *Affaire Delić*, IT-04-83-PT, Décision relative à l'exception d'incompétence du Tribunal international soulevée par la défense (22 février 2007) (TPIY, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/cases-f/index-f.htm>>. L'auteur recommande également de consulter, pour cette même affaire, la « décision concernant l'appel interlocutoire sur la compétence » (Chambre d'appel du TPIY) aux para. 10 à 12. Ce document n'est malheureusement pas encore disponible sur le site officiel du TPIY (en date du 31 août 2007).

le biais du contrôle sur les opérations de guerre exercé par les commandants qui sont, dans une certaine mesure, responsables pour leurs subordonnés »⁹³. Par conséquent, si l'on tient compte du fait que l'effet dissuasif du commandant sur la perpétration par ses subordonnés de violations du droit international humanitaire est un concept qui se positionne au cœur de la doctrine, il s'agit là d'une justification additionnelle pour maintenir la responsabilité du commandement en tant que mode de responsabilité pénale individuelle.

Les multiples acquittements relatifs à des accusations portées sur la base de la doctrine de la responsabilité du commandement mentionnés dans le présent article ne justifient pas que soit laissé de côté l'article 7 (3) du *Statut du TPIY* ou que ne soit pas portées d'accusations exclusivement sur la base de cette disposition, en présence de commandants (1) qui n'ont pas été impliqués dans la perpétration d'une violation ; (2) qui exerçaient néanmoins un contrôle effectif sur les prétendus auteurs de cette violation au moment où elle a été commise ; et (3) qui ont manqué à leur obligation de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que leurs subordonnés ne commettent cette violation ou pour les punir si la violation a été commise avant qu'ils n'en prennent connaissance.

Si un doute persiste aujourd'hui quant à la viabilité de la doctrine de la responsabilité du commandement en tant que mode de responsabilité pénale individuelle, nous sommes d'avis qu'il ne faut pas regarder du côté des faits et des décisions rendues, mais plutôt vers l'utilisation hasardeuse qu'en fait le procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

⁹³ *Application of Yamashita*, supra note 54 à la p. 15.