Document généré le 16 avr. 2024 01:34

Revue générale de droit

La responsabilité pénale du chef militaire : un défaut d'agir mais pas un défaut d'état d'esprit

Rachel Grondin

Volume 34, numéro 2, 2004

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1027254ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1027254ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)
2292-2512 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Grondin, R. (2004). La responsabilité pénale du chef militaire : un défaut d'agir mais pas un défaut d'état d'esprit. *Revue générale de droit*, *34*(2), 309–341. https://doi.org/10.7202/1027254ar

Résumé de l'article

Le *Statut de Rome* de la Cour pénale internationale prévoit que le chef militaire n'ayant pas exercé le contrôle qui convenait, engage sa responsabilité pour le crime commis — génocide, crime contre l'humanité, crime de guerre — par des Forces qui lui sont subordonnées s'il savait ou « aurait dû savoir que ces forces commettaient ou allaient commettre ce crime ». Au Canada, la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* établit que pour son manquement, le chef militaire est plutôt responsable pour un crime distinct de celui commis par un subordonné. Alors que l'élement matériel requis pour ces deux crimes est semblable, chacun possède un élément psychologique différent.

La première partie de cet article traite de la participation par omission au crime commis, un mode traditionnel de participation en droit pénal canadien, alors que la deuxième partie, porte sur la commission d'un crime autre que celui commis par le subordonné. La présente étude cherche à démontrer que dans les deux cas, le crime dont sera responsable le chef militaire est, selon le droit pénal canadien, un crime de nature particulière exigeant une *mens rea* subjective. Le rapprochement certain entre ces deux crimes permet de conclure au caractère subjectif de l'élement moral rattaché au crime portant sur le manquement du chef militaire, une interprétation conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2004

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

La responsabilité pénale du chef militaire : un défaut d'agir mais pas un défaut d'état d'esprit

Rachel Grondin
Professeure à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Le Statut de Rome *de la Cour pénale internationale prévoit que le chef militaire n'ayant pas exercé le contrôle qui convenait, engage sa responsabilité pour le crime commis — génocide, crime contre l'humanité, crime de guerre — par des Forces qui lui sont subordonnées s'il savait ou « aurait dû savoir que ces forces commettaient ou allaient commettre ce crime ». Au Canada, la* Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre *établit que pour son manquement, le chef militaire est plutôt responsable pour un crime distinct de celui commis par un subordonné. Alors que l'élément matériel requis pour ces deux crimes est semblable, chacun possède un élément psychologique différent.*
La première partie de cet article traite de la

ABSTRACT

According to the Rome Statute *of the International Criminal Court, a military commander is responsible for genocide, crimes against humanity and war crimes committed by troops under his command if he knew or « should have known that his troops were committing or were about to commit a crime » and he exercised insufficient control to avoid the crimes from occurring. In Canada, the* Law on Crimes Against Humanity and War Crimes *states that a negligent military commander is responsible for a crime distinct from the one committed by a subordinate. These two crimes possess a similar material element but have a distinct mental element.*
The first part of this article deals with the military commander's participation by

(2004) 34 *R.G.D.* 309-341

participation par omission au crime commis, un mode traditionnel de participation en droit pénal canadien, alors que la deuxième partie, porte sur la commission d'un crime autre que celui commis par le subordonné. La présente étude cherche à démontrer que dans les deux cas, le crime dont sera responsable le chef militaire est, selon le droit pénal canadien, un crime de nature particulière exigeant une mens rea *subjective. Le rapprochement certain entre ces deux crimes permet de conclure au caractère subjectif de l'élément moral rattaché au crime portant sur le manquement du chef militaire, une interprétation conforme à la* Charte canadienne des droits et libertés.

omission in the crime, a traditional model of participation in Canadian criminal law. The second part discusses the commission of a crime by a military commander other than the one committed by a subordinate. This study will show that, in both cases and according to Canadian criminal law, proof of a subjective mens rea *on the part of the military leader is required for criminal responsibility. The striking similarities between these two crimes leads us back to the importance of the subjective nature of the moral element of the military commander's breach of responsibility, an interpretation which conforms with the* Canadian Charter of Rights and Freedoms.

SOMMAIRE

Introduction 311

I. La responsabilité pénale du chef militaire pour le crime commis par un subordonné 313

A. Le droit pénal canadien et la participation du chef militaire pour son omission relativement au crime commis 314

1. L'obligation d'agir du chef militaire 315
2. Une omission en vue d'aider à la commission d'un crime 316

B. Le droit pénal international et la responsabilité pénale du chef militaire pour son omission avant, pendant ou après la commission du crime par un subordonné 322

1. Un élément matériel à deux volets : l'omission de prendre des mesures vis-à-vis un soldat 323
2. Un élément psychologique dérogeant à la règle générale de la connaissance subjective 326

II. La responsabilité pénale du chef militaire pour un crime différent de celui commis par un subordonné 329

A. Un crime distinct mais étroitement relié à un crime international grave 330

1. Lien de causalité entre le manquement et le crime international 331
2. Un crime de même nature que le crime perpétré par le subordonné 332

B. Une *mens rea* subjective requise pour le crime distinct 334

1. Les stigmates associés au manquement à la responsabilité 335
2. L'application d'un critère subjectif dans la détermination de la négligence criminelle 337

Conclusion 339

INTRODUCTION

Le chef militaire possède une responsabilité particulière relativement à certains crimes internationaux commis par un subordonné. Suite à la sortie de photos dans les médias, en mai 2004, illustrant les nombreux sévices commis sur les détenus dans la prison d'Abou Ghraïb, en Irak, plusieurs des soldats accusés soulevèrent en défense qu'on leur avait ordonné de rendre les détenus plus dociles. Peu importe que ce moyen de défense permette leur acquittement ou pas, cet événement, hautement médiatisé, soulève la question de la responsabilité pénale du commandant pour les crimes commis par les soldats sous son autorité.

Comme quiconque, le chef militaire participe à la commission d'un crime lorsqu'il en ordonne la commission. De même, lorsqu'il encourage, sollicite ou apporte son aide en

vue de faciliter la commission d'un crime, il engage sa responsabilité pénale si ce crime est commis[1]. Par contre, si rien ne prouve une action de sa part relativement à un crime, peut-on, pour son omission d'agir, le condamner devant un tribunal canadien?

Le *Statut de Rome* de juillet 1998 créant une Cour pénale internationale permanente (C.P.I.) compétente pour le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, prévoit une disposition particulière relativement à la responsabilité du supérieur hiérarchique[2]. En juin 2000, le législateur canadien a adopté la *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale et modifiant certaines lois en conséquence*[3]. Au lieu de renvoyer à la disposition du *Statut de Rome* traitant expressément de la responsabilité du chef militaire, cette loi a créé un crime distinct — le manquement à la responsabilité — s'appliquant au chef militaire qui aurait omis d'agir relativement à la commission d'un crime relevant de la compétence de la C.P.I.[4] Que signifie, pour le commandant, l'adoption de cette mesure particulière dans une loi canadienne lorsque des soldats sous son autorité et son contrôle sont impliqués à l'étranger dans la commission de crimes visés par cette loi? En quoi sa responsabilité pénale sera-t-elle différente en droit

1. Abbaye Ardenne Case, 4 United Nations War Crimes Commission, trial of S.S. Brigadefürer Kurt Meyer, *Law Reports of Crimes of War Criminal 97* (Can. Mil. Ct. 1945).

2. Le *Statut de Rome* de la Cour pénale internationale fut adopté lors d'une conférence diplomatique qui eut lieu à Rome le 17 juillet 1998, par une marge de 120 voix contre sept, avec 21 abstentions. U.N. Doc. A/CONF. 183/9. Au 31 décembre 2000, date limite pour sa signature, 139 États avaient signé le Statut qui est en vigueur depuis le 1er juillet 2002. Dans cet article, nous utiliserons l'expression *Statut de Rome* pour y référer. La C.P.I. possède aussi une compétence de principe sur un autre crime grave, l'agression, qui n'a pas encore été défini. L'article 28 du *Statut de Rome* traite de la responsabilité du supérieur hiérarchique séparément de l'article 25 portant sur la responsabilité pénale individuelle en général.

3. S.C. 2000, c. 24 (48-49 Elizabeth II). Cette loi fut sanctionnée le 29 juin 2000 et est entrée en vigueur le 23 octobre 2000. Les dispositions du *Code criminel* définissant alors le crime de guerre et le crime contre l'humanité furent abrogées. Dans cet article, nous ferons référence au titre abrégé de cette loi (*Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*) et utiliserons les lettres CCHCG pour la désigner.

4. *Statut de Rome, supra*, note 2, art. 28a); *Loi CCHCG, supra*, note 3, art. 5(1) et 7(1).

pénal canadien et en droit pénal international? Les deux textes semblent s'adresser au même comportement mais ils utilisent un vocabulaire différent pour décrire l'état d'esprit exigé. Afin de définir plus précisément la *mens rea* requise en droit pénal canadien relativement à cette responsabilité, cet article traitera, dans une première partie, de la responsabilité du chef militaire pour le crime commis par un subordonné et, dans une deuxième partie, de la responsabilité du chef militaire pour un crime différent de celui commis par un subordonné.

I. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU CHEF MILITAIRE POUR LE CRIME COMMIS PAR UN SUBORDONNÉ

Les modes de participation prévus au *Code criminel* canadien s'appliquent aux crimes définis aux articles 5 et 7 de la *Loi CCHCG*[5]. À la suite de son encouragement, conseil ou entente commune, le chef militaire peut engager sa responsabilité pénale pour le génocide, le crime contre l'humanité ou le crime de guerre, même si celui-ci est commis par une autre personne; pareillement, son action ou son omission en vue d'aider quelqu'un à commettre un crime peut aussi entraîner sa participation au même crime[6]. Dans ce dernier cas, il sera considéré pénalement responsable malgré son inaction et pourra être condamné pour le crime commis par une autre personne, que celui-là ait été commis au Canada ou à l'étranger.

Admise depuis plusieurs siècles en droit international[7], la doctrine de la responsabilité du supérieur pour son omission, a été précisée plus particulièrement pour les crimes de

5. *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985) ch. I-21, art. 34(2); *Code criminel*, L.R.C. (1985) ch. C-46.

6. Art. 21(1)b)c), 21(2) et art. 22 du *Code criminel*.

7. Pour plus d'information concernant ce concept de droit international, voir L.C. GREEN, « Command Responsability in International Humanitarian Law », 5 (1995) *Transnational Law and Contemporary Problems* 320; W.J. FENRICK, « Art. 28, Responsibility of Commanders and Other Superiors », dans O. TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court, Observer's Notes, Article by Article*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 515-523; J. J. PAUST, « Superior Orders and Command Responsability », dans « Bassiouni's Sources of International Criminal Law », 1 *International Criminal Law* 223, 2nd ed., 1999; I. BANTEKAS, « The Contemporary Law of Superior Responsibility » (1999)93 *A.J.I.L.*, 573.

guerre en 1977[8] et réitérée pour le génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre à l'article 28 du *Statut de Rome*. Que ce soit en droit canadien ou en droit international, la responsabilité du chef militaire concernant le même crime que celui commis par une personne sous son commandement est reconnue mais, elle sera soumise à des conditions différentes selon que l'on applique le droit national ou le droit international. Dans le premier cas, il n'y aura responsabilité que si l'omission est antérieure ou simultanée à la commission du crime, alors que dans le deuxième cas, l'inaction antérieure, postérieure ou pendant la commission du crime sera considérée.

A. LE DROIT PÉNAL CANADIEN ET LA PARTICIPATION DU CHEF MILITAIRE POUR SON OMISSION RELATIVEMENT AU CRIME COMMIS

Les modes de participation généralement reconnus en droit pénal canadien s'appliquent aussi au chef militaire. Lorsque celui-ci ordonne, commande, conseille, encourage directement la commission d'un crime ou fournit du matériel pour sa commission, il est facile de conclure à sa participation à ce crime. Cependant, il sera aussi pénalement responsable pour toute infraction susceptible d'être commise en conséquence de ses ordres s'il connaissait cette possibilité. Sa responsabilité sera plus difficile à établir lorsqu'il a omis d'agir lors de la commission d'un crime par une personne placée sous son commandement. Dans ce dernier cas, sa participation au crime commis sera conditionnelle à l'existence d'un devoir légal d'agir et de son intention spécifique d'aider quelqu'un à commettre un crime[9].

---

8. Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, Genève, 8 juin 1977, 1125 U.N.T.S. art. 86-87; selon le par. 86(2), « Le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction. »

9. Art. 21(1)b) du *Code Criminel*.

1. L'obligation d'agir du chef militaire

En droit pénal canadien, une omission ne peut entraîner la responsabilité pénale pour avoir voulu aider que si un devoir légal d'agir existait au moment des faits[10]. Cette règle provenant du droit criminel anglais est un compromis entre la non-responsabilité, ou la responsabilité pour toute omission, et elle s'explique par le fait qu'une obligation morale est trop vague et trop imprécise pour être à la base d'une responsabilité pénale. Ce devoir peut provenir d'une loi fédérale, provinciale ou de la common law sans qu'il soit nécessaire que l'accusé le connaisse[11]. En autant que le comportement de l'auteur principal soit la cause du résultat interdit, aucun lien de causalité avec l'omission n'est exigé pour ce mode de participation, même pour les infractions de résultat. Malgré une preuve hors de tout doute raisonnable que l'inaction a contribué de façon substantielle au résultat, une condamnation ne sera possible que si un devoir est prévu par la loi.

Le droit international coutumier reconnaît que le chef militaire doit empêcher que soit commis un génocide, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Les devoirs des commandants relativement aux conflits armés sont clairement énoncés à l'article 87 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève, en vigueur depuis le 7 décembre 1978[12]. La Chambre d'appel du Tribunal pénal

---

10. *R.* c. *Cosgrove*, (1975) 29 C.C.C. (2d) 169 (C.A.Ont.); J. FORTIN et L.VIAU, *Traité de droit pénal général*, Thémis, p. 83. 1982; P. GILLIES, *The Law of Criminal Complicity*, Sydney, Australia, The Law Book Company Ltd., 1980, p. 126-137; *R.* c. *Elder* (1925) 44 C.C.C. 75 (C.A.Man.).

11. *R.* c. *Doubrough* (1977) 35 C.C.C. (2d) 46 (C.cté Ont.); *R.* c. *Fortin* (1988) 121 C.C.C. 345; *R.* c. *Gagnon* (1956) 15 C.C.C. 82; *R.* c. *Petzoldt* (1973) 11 C.C.C. (2d) 320; *St-Germain* c. *La Reine*, [1976] C.A.185. Cette interprétation a été donnée « au devoir imposé par la loi » pour la définition de la « négligence criminelle » au *Code criminel* canadien. Nous ne voyons pas de raison de refuser cette même interprétation pour le « devoir légal » exigé pour les autres infractions d'omission.

12. L'article 87 du Protocole énumère en trois points ces obligations : « 1. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent charger les commandants militaires, en ce qui concerne les membres des forces armées placés sous leur commandement et les autres personnes sous leur autorité, d'empêcher que soient commises des infractions aux Conventions et au présent Protocole et, au besoin, de les réprimer et de les dénoncer aux autorités compétentes. 2. En vue d'empêcher que des infractions soient commises et de les réprimer, les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent exiger que les commandants, selon leur niveau de

international pour l'ex-Yougoslavie (T.P.I.Y.), a estimé, en 1992, dans l'affaire *Celebici,* que cette disposition était « de nature coutumière »[13]. Pas moins de 119 États, parmi lesquels se trouvait le Canada, avaient ratifié le Protocole additionnel I à cette époque[14]. Que l'omission soit au Canada ou à l'étranger, avant ou après la loi canadienne mettant en œuvre les Conventions de Genève, une obligation légale d'agir existe selon le droit international coutumier. Malgré cette obligation, la preuve d'un élément moral associé à l'omission est indispensable pour conclure à la participation au génocide, au crime de guerre ou au crime contre l'humanité à la suite d'une omission d'agir.

2. Une omission en vue d'aider à la commission d'un crime

La *mens rea* requise d'un accusé est déterminée en fonction du crime dont on l'accuse et de son mode de participation. Le caractère essentiel de la *mens rea* pour les crimes internationaux les plus graves, que ce soit le génocide, le crime contre l'humanité ou le crime de guerre, s'applique tant à l'auteur principal qu'à tous les autres participants à ce crime selon les modes de participation prévus au *Code criminel* canadien. La Cour suprême du Canada a clairement établi, dans l'affaire *Logan*, que si l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[15] exige un degré minimal de *mens rea* pour une infraction, le Parlement ne peut prévoir

---

responsabilité, s'assurent que les membres des forces armées placés sous leur commandement connaissent leurs obligations aux termes des Conventions et du présent Protocole. 3. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent exiger de tout commandant qui a appris que des subordonnés ou d'autres personnes sous son autorité vont commettre ou ont commis une infraction aux Conventions ou au présent Protocole qu'il mette en œuvre les mesures qui sont nécessaires pour empêcher de telles violations des Conventions ou du présent Protocole et, lorsqu'il conviendra, prenne l'initiative d'une action disciplinaire ou pénale à l'encontre des auteurs des violations.

13. *Delalic, Music Delic Landzo (affaire dite « de Celebici »)*, (IT-96-21), T.P.I.Y., Chambre d'appel, 20 février 2001, par. 619.

14. *Loi sur les Conventions de Genève*, L.R. (1985) ch. G-3.

15. *Charte canadienne des droits et libertés*, Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U.,ch.11); L.R.C. (1985), App. II, nº 44.

une « déclaration de culpabilité d'une partie à cette infraction sur le fondement d'un degré de *mens rea* moindre que le degré minimum exigé par la Constitution »[16]. Le même degré minimal de *mens rea* est requis de tous les participants. Pour le génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre, l'utilisation d'un critère subjectif pour déterminer la *mens rea* ne se limite pas à l'auteur principal.

Dans un jugement majoritaire, la Cour suprême du Canada a conclu que l'élément moral requis pour le crime de guerre et le crime contre l'humanité devait « relever d'un critère subjectif » étant donné les stigmates « accablants » rattachés à ces crimes[17]. Elle est arrivée à cette conclusion dans une affaire traitant de poursuites pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre mais, étant donné la gravité identique, sinon supérieure du génocide, le même raisonnement peut être fait pour cet autre crime relevant de la compétence de la C.P.I. Le caractère subjectif de la *mens rea* du crime de guerre et du crime contre l'humanité s'applique *mutatis mutandis* pour le génocide. Une personne ne peut être condamnée pour une infraction criminelle de nature aussi grave, en l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable de son intention ou de son insouciance par rapport à son comportement et à ses conséquences, ainsi que de sa connaissance ou de son aveuglement volontaire relativement aux circonstances pertinentes de ce crime.

Selon Madame la juge McLachlin de la Cour suprême du Canada, la *mens rea* « subjective » est celle qui « exige que l'accusé ait voulu les conséquences de ses actes ou que, connaissant les conséquences probables de ceux-ci, il ait agi avec insouciance face au risque », alors que la *mens rea* « objective » est considérée comme n'ayant rien « à voir avec ce qui s'est passé effectivement dans l'esprit de l'accusé, mais concerne ce qui aurait dû s'y passer si ce dernier avait agi raisonnablement »[18]. Une faute est objective parce qu'un individu, en raison de sa négligence ou de son inadvertance, a omis de se comporter comme une personne raisonnable. Pour un crime de *mens rea* subjective, l'état d'esprit de l'accusé au moment

16. *R.* c. *Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731, p.742.
17. *R.* c. *Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, p. 813.
18. *R.* c. *Creighton*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 58-59.

des faits, tels son intention ou son insouciance consciente, sa connaissance ou son aveuglement volontaire, doit être nécessairement prouvé.

En droit pénal canadien, l'exigence d'une *mens rea* subjective pour ces crimes internationaux les plus graves est une garantie constitutionnelle à laquelle le Parlement ne peut se soustraire à moins d'une dérogation expresse selon les conditions de l'article 33 de la Charte. Se rattachant au crime en tant que tel et non aux participants, le caractère subjectif de la *mens rea* pour le génocide, le crime contre l'humanité ou le crime de guerre s'étend à tous les participants, sans se limiter à l'auteur principal[19]. Ce même degré s'applique pour décider de leur responsabilité pénale alors que chacun des participants possède une *mens rea* qui lui est propre.

La *mens rea* prévue dans la définition d'une infraction criminelle est celle requise de l'auteur principal de ce crime. La personne qui omet d'agir en vue d'aider à la commission d'un crime engage sa responsabilité pour ce crime si elle possède l'intention que ce crime soit commis, ou est insouciante par rapport à cette conséquence. Plus précisément, la poursuite doit prouver que l'accusé avait l'intention spécifique d'aider à la commission de ce crime alors qu'il connaissait l'intention de l'auteur et ce, même s'il n'était pas informé de tous les détails[20]. Le but spécifique d'apporter son aide, tel que requis par ce mode de participation, exige une intention ou une insouciance en plus de la simple connaissance. Celui qui, à son insu, aide à la commission d'un crime n'engage pas sa responsabilité criminelle pour ce crime, étant donné son absence de *mens rea*. Ce serait le cas du chef militaire qui n'a pas empêché un soldat d'utiliser un camion croyant que ce dernier allait visiter des amis, et que rien ne laissait prévoir que le camion servirait à la commission d'un crime contre l'humanité. Toutefois, dès qu'un chef militaire a accompli un acte ou une omission avec l'intention spécifique d'aider à l'infraction commise, il engage sa responsabilité même si, étant donné les circonstances, son aide n'a pas été efficace dans la commission de l'infraction. En l'absence de connais-

19. *R.* c. *Logan*, *supra*, note 16.
20. *R.* c. *Greyeyes*, [1997] 2 R.C.S 825.

sance réelle des circonstances, il peut engager sa responsabilité pénale s'il a délibérément refusé de s'informer lorsque les faits lui laissaient croire qu'il ne connaissait pas toute la vérité. Par ailleurs, il importe peu que le subordonné connaisse l'intention du chef militaire voulant l'aider, en autant que ce dernier possédait l'intention spécifique d'aider à la commission d'un crime.

Une règle s'est développée en droit pénal canadien selon laquelle une défense pour l'intoxication volontaire est permise pour les infractions d'intention spécifique par opposition aux infractions d'intention générale[21]. Cependant, pour les crimes relatifs à l'intégrité physique, comme les crimes contre l'humanité et le génocide, tels qu'ils sont définis à la *Loi CCHCG*, ce moyen de défense peut difficilement servir s'ils ont été commis après 1995[22]. Le chef militaire pourrait possiblement soulever un tel moyen de défense en réponse à une accusation de crime de guerre si le crime ne porte pas atteinte ou ne menace pas de porter atteinte à l'intégrité physique. Par exemple, son acquittement sera possible lors d'une accusation pour un crime de guerre à la suite de la destruction de « biens protégés » ou des « biens de l'ennemi »[23] si son degré d'intoxication l'empêchait de connaître ce que faisaient ou allaient faire les personnes sous son commandement.

En principe, la simple présence du chef militaire lors de la commission d'un crime ne suffit pas pour engager sa responsabilité en droit pénal canadien, mais cette présence peut être une preuve de participation lorsque ce comportement a servi à « encourager l'auteur initial; faciliter la perpétration de l'infraction, comme monter la garde ou attirer la victime, ou accomplir un acte qui tend à faire disparaître l'obstacle à la perpétration de l'acte criminel »[24]. La présence intentionnelle qui encourage, permet une telle conclusion. Étant donné le pouvoir du chef militaire, sa présence pourra être considérée comme un encouragement, lequel correspond alors à un

21. *Leary* c. *R*, [1978] 1 R.C.S. 29.

22. Art. 33.1 C.cr. Voir la définition du génocide et du crime contre l'humanité à la *Loi CCHCG*, *supra*, note 3, art. 4(3)(4) et au *Statut de Rome*, *supra*, note 2, art. 6 et 7.

23. *Statut de Rome*, *id.*, note 2, al. 8(2)a)iv) et 8(2)b)xiii).

24. *Dunlop et Sylvester* c. *R.*, [1979] 2 R.C.S. 881, p.891.

mode de participation au crime commis. Généralement, la seule présence accidentelle sur les lieux du crime ayant pour effet d'encourager l'auteur principal ne permet pas de conclure à la responsabilité pénale vue l'absence de *mens rea*. Cependant, dans un tel cas, le chef militaire peut engager sa responsabilité s'il sait que sa présence constitue un encouragement pour l'auteur principal[25].

Celui qui omet d'agir en vue d'aider doit aussi connaître ce qui se passe même s'il n'en connaît pas l'illégalité. Le chef militaire, comme quiconque, sera condamné pour le crime commis seulement s'il possédait l'intention d'aider l'auteur en sachant ce que ce dernier voulait faire. Même si généralement une intention identique à l'auteur n'est pas requise, les limites imposées par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* obligent à faire la preuve que le chef militaire ayant omis d'agir savait que le crime commis était une conséquence probable de son comportement.

De façon générale, le regret ou l'indifférence par rapport au résultat ne nie pas la responsabilité si le participant possède l'intention immédiate d'aider ou d'encourager[26]. Le chef militaire ayant intentionnellement omis d'intervenir pour empêcher un meurtre peut être condamné pour ce crime, peu importe son désir que la mort s'ensuive. Ce sentiment se distingue de son intention. Une personne pourra être condamnée pour meurtre malgré son insouciance par rapport à la mort si elle veut aider ou encourager quelqu'un tout en sachant que cette « personne qui cause la mort d'un être humain [...] a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer la mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non »[27]. Cependant, il en est autrement pour le « génocide », lequel exige l'intention spécifique de « détruire un groupe », dans tous les cas. Le chef militaire qui omet d'agir avant ou pendant la commission d'un génocide ne sera responsable de ce crime que s'il voulait la destruction d'un groupe.

25. *Jefferson*, [1994] 1 All E.R. 270; *R.* c. *Coney*, (1882) 8 Q.B. 534; *Dunlop et Sylvester* c. *R.*, *supra*, note 24.

26. *R.* c. *Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973.

27. Al. 229 a)ii) C.cr.

En droit pénal canadien, la seule connaissance de l'intention spécifique de détruire ne suffit pas pour condamner le chef militaire accusé de génocide en vertu de la *Loi CCHCG* pour avoir encouragé son auteur ou avoir eu l'intention de l'aider. Il lui faut posséder aussi l'intention d'aider ou d'encourager la destruction d'un groupe[28]. En l'absence de preuve de cette intention spécifique, il peut, cependant, engager sa responsabilité pour une autre infraction incluse exigeant seulement l'insouciance quant au résultat. Par exemple, s'il y a mort de plusieurs personnes, une condamnation pour meurtre est possible sur la preuve de l'insouciance de l'accusé par rapport à cette conséquence lorsque ce dernier connaissait que les lésions corporelles commises étaient de nature à causer la mort des victimes. Sans cette connaissance précise, il pourra être condamné pour homicide involontaire coupable, même si l'auteur peut être condamné pour meurtre.

Lorsqu'un groupe est détruit à la suite de meurtres, l'auteur principal et les autres participants seront condamnés pour meurtre et non pour génocide si, malgré leur insouciance par rapport à la mort, aucune intention spécifique de détruire un groupe ou une partie de ce groupe n'a été établie hors de tout doute raisonnable. Par ailleurs, pour le crime de guerre et le crime contre l'humanité, l'insouciance par rapport au résultat est suffisante en droit pénal canadien, même si les principes de justice fondamentale exigent une *mens rea* subjective pour justifier une déclaration de culpabilité pour ces crimes, que ce soit à titre d'auteur principal ou de tout autre mode de participation[29]. Selon leur définition légale, ces deux crimes n'exigent pas, dans tous les cas, une intention spécifique explicite par rapport au résultat.

Si un chef militaire est poursuivi devant une cour pénale internationale pour son omission d'intervenir, la preuve de cette intention spécifique d'aider à la commission d'un crime n'est pas requise. Avant le *Statut de Rome,* il ne pouvait engager sa responsabilité pour le crime commis que si 1) un lien de subordination entre le chef militaire et l'auteur du crime était établi, 2) le chef militaire avait connaissance que

28. Voir, R. GRONDIN, « L'élément psychologique des crimes internationaux les plus graves », (2003) 33 R.G.D 439.

29. *R.* c. *Logan*, *supra*, note 16; *R.* c. *Finta*, *supra*, note 17.

son subordonné avait commis ou s'apprêtait à commettre le crime, et 3) le chef militaire avait manqué à son obligation d'empêcher le crime ou d'en punir les auteurs[30].

B. LE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL ET LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU CHEF MILITAIRE POUR SON OMISSION AVANT, PENDANT OU APRÈS LA COMMISSION DU CRIME PAR UN SUBORDONNÉ

Lors des procès de Nuremberg et de Tokyo, la responsabilité pénale a été étendue au supérieur pour les actes de ses subordonnés. Même s'il n'avait pas effectivement ordonné la commission des actes commis, cette responsabilité a été imposée à toute personne exerçant une certaine autorité, peu importe si elle possédait un titre officiel[31]. Cette extension de la responsabilité pénale des individus, prenant source en droit international coutumier, a été appliquée dans le contexte d'une poursuite intentée à la suite de la Deuxième Guerre mondiale pour condamner un commandant relativement aux actes de ses soldats[32]. Cette responsabilité élargie, remontant aussi loin qu'au XV^e^ siècle, s'appliquait principalement au supérieur militaire jusqu'à ce que le Protocole Additionnel I aux conventions de Genève l'étende aux supérieurs civils[33].

Le supérieur dont il est question comprend le leader politique ou d'affaires ainsi que le fonctionnaire senior. En plus de s'appliquer pour les crimes de guerre, on retrouve également le même élargissement de la responsabilité pénale pour les crimes contre l'humanité et le génocide dans les statuts des tribunaux spéciaux des Nations Unies pour l'ex-Yougoslavie (T.P.I.Y.), pour le Rwanda (T.P.I.R.) ainsi que

30. *Le Procureur* c. *Delalic, et al. (Affaire Celebici)*, (IT-96-21), T.P.I.Y., Ch. II ter, 16 novembre 1998, par. 346; *Blaskic* (IT-95-14), T.P.I.Y. Ch. I, 3 mars 2000, par. 294.

31. L.C. GREEN, « Command Responsability in International Humanitarian Law », *supra*, note 7.

32. *Re Yamashita*, 327 U.S. 1; III Manual of Military Law, The Law of War and Land 178; 4 *Law Reports of Trials of War Criminals* 1, 88 (1945), 8 oct. au 16 déc. 1945.

33. Art. 86 et 87, Protocole Additionnel I du 8 juin 1977, annexé aux Conventions de Genève du 12 août 1949, *supra*, note 8.

dans le *Statut de Rome* de 1998 créant la Cour pénale internationale permanente (C.P.I.)[34]. Le chef militaire ou autre supérieur hiérarchique assume ainsi une responsabilité pénale pour un crime commis par un subordonné, ou toute personne sous son autorité et son contrôle effectifs, que son omission soit antérieure, postérieure ou simultanée à la commission du crime. Tout en n'étant pas prévue avec les différents modes de participation donnés à l'article 25 du *Statut de Rome,* elle produit le même effet[35]. La responsabilité personnelle du chef militaire est fondée sur un manquement à une obligation dans un contexte précis et ne peut s'expliquer par la règle selon laquelle une personne répond des faits des autres, ce qui serait contraire aux principes généraux du droit pénal. Selon la définition de cette responsabilité, un élément psychologique particulier s'ajoute à son élément matériel à deux volets.

1. Un élément matériel à deux volets : l'omission de prendre des mesures vis-à-vis un soldat

Que ce soit au *Statut de Rome* ou selon le droit international coutumier, l'élément matériel requis relativement à la responsabilité du chef militaire est le même. Cet élément s'apprécie selon les circonstances. Le Comité international de la Croix Rouge (CICR) explique cette responsabilité par la présence des commandants militaires sur le terrain :

> [...] les commandants militaires [...] sont sur place, aptes à exercer un contrôle sur la troupe et sur les armes dont elle se sert. Détenteurs de l'autorité, ils peuvent mieux que quiconque prévenir les infractions en créant un état d'esprit approprié, en veillant à l'engagement rationnel des moyens de combat et en maintenant la discipline [...] Ils ont enfin la qua-

34. *Statut du T.P.I.Y.* Conseil de sécurité des Nations Unies, S/Rés. 827, New York, 25 mai 1993, art. 7(3); *Statut du T.P.I.R.* Conseil de sécurité des Nations Unies, S/Rés.955, New York, 8 novembre 1994, art. 6(2); *Statut de Rome, supra,* note 2, art. 28.

35. M. ARSANJANI, « The Rome Statute of International Criminal Court », (1999) 93 A.J.I.L. 22, p. 37.

> lité pour constater ou faire constater les faits, point de départ d'une action répressive éventuelle.[36]

Les mesures « nécessaires et raisonnables » que doit prendre un chef militaire sont celles qui sont effectivement en son pouvoir et ne dépendent pas de sa compétence juridique officielle. Ces mesures doivent relever de « ses capacités matérielles »[37]. Lorsqu'un chef militaire savait ou avait des raisons de savoir que des soldats subalternes étaient sur le point de commettre un crime et n'a pas empêché cette commission, il ne lui sera pas possible de se racheter en punissant après coup ses subordonnés[38]. Un lien de causalité entre cette omission et la commission du crime n'est pas un « élément distinct de la responsabilité du supérieur hiérarchique »[39]. Le procureur n'aura pas à faire la preuve de la contribution substantielle de l'omission du chef militaire à la commission du crime.

Le supérieur hiérarchique peut engager sa responsabilité pénale s'il détenait le pouvoir ou l'autorité, *de jure* ou *de facto*, d'empêcher un subordonné de commettre un crime ou l'en punir après coup. Un lien de subordination, direct ou indirect, entre le supérieur et le subordonné doit être démontré. Cette condition s'applique facilement au chef militaire qui, par nature, fait partie d'une hiérarchie fonctionnant selon une chaîne de commandement. Peu importe l'échelle, tout élément de l'armée est subordonné à un commandant militaire. Les deux Chambres du T.P.I.Y. ont soutenu que « le rôle des commandants proprement dits fait l'objet de l'article 87 » du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève[40]. Selon le Commentaire du CICR relatif à cet article :

> Cette responsabilité s'entend en premier lieu à l'égard des « membres des forces armées placés sous leur commandement ». Ces termes doivent être compris d'une manière con-

36. Commentaire du Comité international de la Croix Rouge (Protocole additionnel), par. 3560.

37. *Affaire Celebici*, *supra*, note 30, par. 395.

38. *Blaskic*, *supra*, note 30, par. 336.

39. *Affaire Celebici*, *supra*, note 30, par. 398.

40. *Kordic et Cerkez*, T.P.I.Y., Ch. III., 26 février 2001, par. 409; *Affaire Celebici* (1re instance), *supra*, note 30, par. 371; *Affaire Celebici* (appel), *supra*, note 13, par. 250.

> crète si l'on entend donner à la disposition toute sa portée pratique. 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 [de Genève] et le Protocole aussi longtemps qu'ils sont sous ses ordres. En outre, il va de soi que l'obligation s'entend dans le cadre des compétences qui sont dévolues à chaque échelon de la hiérarchie et que les devoirs d'un sous-officier ne sont pas identiques à ceux d'un commandant de bataillon, ni les devoirs de ce dernier identiques à ceux d'un commandant de division. Pour chacun, et dans le cadre desdites compétences, la responsabilité s'étend à tous les membres des forces armées qui sont placés sous son commandement.[41]

Dans l'armée, la chaîne de commandement est plus facile à établir car les positions d'autorité sont généralement définies de manière stricte. Cette chaîne permet de remonter jusqu'aux dirigeants politiques :

> Au sommet de la chaîne, les dirigeants politiques définissent les objectifs de ces orientations, lesquels sont ensuite traduits en plans militaires spécifiques par le commandement stratégique, de concert avec les plus hauts responsables gouvernementaux. Ce plan est transmis ensuite aux officiers supérieurs responsables des zones d'opérations. Le dernier maillon de cette chaîne est constitué de commandants tactiques qui commandent directement les troupes.[42]

Cette responsabilité appartient tant au commandant en chef qu'au simple soldat ayant pris la tête d'un peloton lorsque son chef est incapable de poursuivre sa mission. Toutefois, l'existence d'un lien de subordination et l'obligation de prendre des « mesures raisonnables et nécessaires » ne suffisent pas pour conclure à la responsabilité pénale d'un chef militaire. Le procureur devra aussi prouver qu'un chef militaire possédait la connaissance qu'un crime se préparait,

41. Commentaire du CICR (Protocole additionnel I), par. 3554.
42. *Kordic et Cerkez*, *supra*, note 40, par. 419.

était en train d'être commis ou avait été commis ou qu'il y avait des raisons suffisantes de soupçonner qu'un de ses subordonnés s'apprêtait à la commission d'un crime. Par ailleurs, le degré de connaissance objective maintenant suffisant selon l'alinéa 28a) du *Statut de Rome* modifie l'état d'esprit requis et déroge à la définition générale de l'élément psychologique prévue à son article 30, laquelle exige plutôt une connaissance subjective.

2. Un élément psychologique dérogeant à la règle générale de la connaissance subjective

L'article 28 du *Statut de Rome* prévoit un élément psychologique différent pour le chef militaire et pour les autres supérieurs hiérarchiques. Une telle distinction de l'élément psychologique requis selon le titre du supérieur n'existait pas dans les documents internationaux antérieurs au *Statut de Rome*[43]. Elle résulte d'un compromis entre ceux qui plaidaient pour l'application d'un critère subjectif et ceux qui préféraient plutôt un critère objectif. Certains croyaient qu'un état d'esprit d'insouciance ou d'aveuglement volontaire serait trop élevé dans ce cas, alors que d'autres soutenaient que le Protocole Additionnel I de 1977 a rejeté l'application d'un critère objectif en utilisant, au paragraphe 86(2), une expression *autre* que « aurait dû savoir » pour référer à cette responsabilité :

> 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.[44]

43. G. R. VETTER, « Command Responsibility of Non-Military Superiors in the International Criminal Court », 25 (2000) Yale J.Int'l L. 89.

44. J.J. PAUST, « Superior Orders and Command Responsability », *supra*, note 7, p. 237.

Le texte du *Statut de Rome* distingue le chef militaire des autres supérieurs hiérarchiques et prévoit une responsabilité pénale chez le chef militaire si, entre autres conditions, celui-ci « savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes », alors que tout autre supérieur hiérarchique ne sera pénalement responsable que s'il « savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ».

Le T.P.I.Y. a reconnu que le droit international coutumier exige une faute de la part du supérieur hiérarchique accusé de ce crime. Appliquant un texte ne faisant pas de distinction entre le chef militaire et les autres supérieurs, ce tribunal décida, dans l'affaire *Kordic et Cerkez*, que la preuve de la connaissance ne pouvait se présumer[45]. La Chambre d'appel du même tribunal avait décidé, quelques jours auparavant, dans l'affaire *Celebici*, que « le supérieur ne peut être tenu pénalement responsable que s'il avait à sa disposition des informations particulières l'avertissant des infractions commises par ses subordonnés »[46]. Seule une situation d'aveuglement volontaire où le supérieur possédait une certaine information mais a délibérément refusé de chercher plus loin de peur d'en connaître trop, permettrait sa condamnation. Le Tribunal ajouta que les termes « possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment », utilisés à l'article 86 du Protocole Additionnel I de 1977, n'imposent pas au supérieur le devoir de s'informer.

Un peu plus tard, dans l'affaire *Bagilishema*, la Chambre d'appel du T.P.I.R. conclut qu'il est nécessaire de prouver que le supérieur hiérarchique « disposait de certaines informations générales, de nature à le mettre en garde contre d'éventuels agissements de ses subordonnés », même si l'expression « avait des raisons de savoir » n'exige pas d'établir une connaissance réelle ou « que l'Accusé savait effectivement que des crimes avaient été commis ou étaient sur le point d'être

45. *Le Procureur* c. *Kordic et Cerkez, supra*, note 40, par. 427.
46. *Le Procureur* c. *Delalic, et al. (Affaire Celebici), supra*, note 13, par. 241.

commis »[47]. Elle ne partage pas l'avis de la Chambre de première instance selon lequel le critère de la négligence criminelle s'apparente au critère « avait des raisons de savoir » au sens de l'article 6(3) du *Statut du T.P.I.R.*

Dans certains cas de violation d'une obligation imposée par les lois et coutumes de la guerre, le supérieur assujetti à la discipline militaire recevra une sanction disciplinaire sans avoir engagé sa responsabilité pénale. La négligence sera alors suffisante, mais elle ne permet pas de conclure à la responsabilité pénale. Cependant, en prévoyant que le chef militaire qui « aurait dû savoir » peut être condamné pour le crime commis, le texte de l'article 28a)i) du *Statut de Rome* permet l'application d'un critère objectif pour déterminer la responsabilité pénale relativement au crime de génocide, crime contre l'humanité ou crime de guerre et s'éloigne ainsi de l'interprétation faite par la Chambre d'appel du T.P.I.R. Cette disposition du *Statut de Rome* constitue une dérogation à son article 30 selon lequel l'élément psychologique comprend la connaissance et l'intention. Cette nouvelle approche pour déterminer la responsabilité pénale du chef militaire est critiquable selon la célèbre affaire *Yamashita* où ce chef militaire fut condamné, non pas à la suite d'une présomption de connaissance, mais plutôt en raison des nombreuses atrocités prouvées[48]. Lors de son procès, il a été démontré que Yamashita « ...unlawfully disregarded and failed to discharge his duty as commander to control the operations of the members of his command, permitting them to commit brutal atrocities »[49].

La *Charte canadienne des droits et libertés*[50] ne permet pas l'application d'un critère objectif tel que proposé à l'article 28a) du *Statut de Rome* relativement au crime de guerre, crime contre l'humanité ou génocide[51]. Pour contrer cette

47. *Le Procureur* c. *Bagilishema*, (ICTR-95-1A-A), Chambre d'appel, T.P.I.R., 3 juillet 2002, par 28. Même si la Chambre d'appel a considéré que la Chambre de première instance avait commis une erreur sur un point de droit en recourant au critère de négligence criminelle pour l'apparenter au critère « avait des raisons de savoir », elle a décidé que cette erreur n'invalidait pas le Jugement.

48. *In re Yamashita*, *supra*, note 32.

49. *Id.*, p. 86.

50. *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra*, note 15.

51. *R.* c. *Finta*, *supra*, note 17.

limite constitutionnelle sans prévoir une dérogation expresse à la Charte, le législateur canadien a créé, dans la *Loi CCHCG* mettant en œuvre le *Statut de Rome,* un crime concernant le manquement à la responsabilité, s'appliquant expressément au chef militaire.

II. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU CHEF MILITAIRE POUR UN CRIME DIFFÉRENT DE CELUI COMMIS PAR UN SUBORDONNÉ

Selon la *Loi CCHCG*, le chef militaire peut être condamné pour un crime autre que celui commis en conséquence de son manquement à la responsabilité, que cet autre crime ait été commis au Canada ou à l'étranger, que le manquement se soit produit au Canada ou à l'étranger[52]. En créant ainsi, pour le chef militaire, un crime différent de celui commis par un subordonné, cette mesure se distingue de celle prévue au paragraphe 28a) du *Statut de Rome* selon laquelle le chef militaire est pénalement responsable du même crime que celui commis par « des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou son autorité et contrôle effectifs ».

Depuis l'entrée en vigueur du *Statut de Rome* le 1er juillet 2002, la répression nationale est la règle et la répression internationale, l'exception. Les nations ont « l'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions » relevant de la compétence de la Cour pénale internationale[53]. La « complémentarité » est une limite fondamentale à la compétence de cette Cour qui ne peut être considérée comme une extension des juridictions nationales. La Cour pénale internationale exercera directement sa compétence plutôt rarement et interviendra généralement dans les cas les plus graves lorsque, par exemple, le

52. *Loi CCHCG*, *supra*, note 3, articles 5(1), 7(1) et 8; selon cette loi, le « chef militaire » s'entend notamment de toute personne faisant effectivement fonction de chef militaire et de toute personne commandant un corps de police avec un degré d'autorité et de contrôle similaire à un chef militaire.

53. I. FICHET-BOYLE, M. MOSSÉ, « L'obligation de prendre de mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions » dans H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET, *Droit international pénal*, Cedin Paris X, Éditions A. Pédone, 2000, p. 871.

retard injustifié dans la procédure de poursuite « est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée »[54]. Par ailleurs, si le Procureur général du Canada exerce sa prérogative et refuse de consentir à une poursuite en vertu des articles 5 et 7 de la *Loi CCHCG*, le chef militaire pourra alors être poursuivi devant la C.P.I.[55] L'incrimination dans une loi canadienne, du comportement du chef militaire, pour avoir manqué à sa responsabilité permettra au Canada de coopérer avec la C.P.I. en remettant devant cette Cour les affaires relatives au manquement du chef militaire[56].

Le crime créé aux articles 5 et 7 de la *Loi CCHCG* n'est pas un mode de participation au crime commis par le soldat. Le chef militaire est l'auteur principal de ce crime et son devoir provient du texte créant le crime. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de prouver son intention d'aider à la commission du crime dont l'auteur principal est un subordonné. Il n'empêche qu'un certain lien doit exister avec le crime commis par les forces sous son commandement.

A. UN CRIME DISTINCT MAIS ÉTROITEMENT RELIÉ À UN CRIME INTERNATIONAL GRAVE

Au Canada, le chef militaire pourrait, en vertu de la *Loi CCHCG*, être poursuivi pour deux infractions; celle commise par son subordonné s'il y a participé d'une façon quelconque, et celle portant sur son manquement à la responsabilité. Ce sont deux infractions distinctes et non incluses. Une poursuite pour la seule infraction commise par une autre personne ne permettrait pas une condamnation pour avoir manqué à la responsabilité, celle-ci n'étant pas une infraction comprise dans l'autre. Le chef militaire ne peut être condamné pour une telle infraction que s'il en est spécifiquement accusé.

Même si ces deux infractions prennent origine dans les mêmes faits, un élément supplémentaire et distinctif touchant la culpabilité est requis pour l'infraction relative au

54. *Statut de Rome*, *supra*, note 2, par. 17(2)b).
55. *Loi CCHCG*, *supra*, note 3, par. 8(3).
56. *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, art. 3 et 6.1.

manquement à la responsabilité : un certain lien de causalité avec la commission de l'un des crimes internationaux les plus graves doit être établi.

1. Lien de causalité entre le manquement et la commission du crime international

Parmi les conditions exigées dans la définition du crime pour « manquement à la responsabilité », il est prévu qu'un génocide, crime de guerre ou crime contre l'humanité doit être commis « en conséquence » de l'omission d'exercer « le contrôle qui convient »[57]. Ce crime ne peut être commis sans la commission de l'autre et celui-ci est commis à cause du premier. En plus de faire la preuve de la commission de l'un des trois crimes internationaux les plus graves, la poursuite devra établir un lien de causalité entre le manquement du chef militaire et le crime commis par le subordonné; le premier doit avoir contribué de façon « plus que mineure » au second; un lien juridique doit exister entre les deux[58]. Dans l'affaire *Nette,* Madame la juge Arbour, écrivant au nom de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada, a précisé que ce lien particulier doit refléter les principes fondamentaux de la justice criminelle :

> Ce type de causalité repose sur des considérations juridiques tels le libellé de l'article créant l'infraction et les principes d'interprétation. Ces considérations juridiques reflètent par ailleurs les principes fondamentaux de la justice criminelle, comme celui voulant que les personnes moralement innocentes ne soient pas punies [...][59]

Afin de déterminer le lien de causalité entre le comportement du chef militaire et le crime commis par un subordonné, il faut se demander si le premier devrait être tenu criminellement responsable du crime commis par le deuxième.

---

57. *Loi CCHCG, supra,* note 3, art. 5 a)i) ou ii) et 7 a)i) ou ii).

58. *Smithers* c. *R.* [1978] 1 R.C.S. 506; *R.* c. *Nette,* [2001] 3 R.C.S. 488. Pour plus d'information concernant le droit criminel canadien relativement au lien de causalité requis en droit pénal, voir A. MANSON, « Rethinking Causation : The Implications of *Harbottle* », (1994) 24 C.R. (4th) 153.

59. *R.* c. *Nette, supra,* note 58, p. 513.

Comme aucune disposition législative n'est prévue dans la *Loi CCHCG* en matière de causalité, « [...] les principes généraux de common law régissant le droit criminel s'appliquent pour trancher toute question qui peut se poser en matière de causalité »[60]. Ayant été établi par la Cour suprême du Canada que l'élément moral requis pour le crime de guerre et le crime contre l'humanité relevait d'un critère subjectif[61], l'élément de faute suffisant rattaché au lien de causalité avec un tel crime possède aussi un caractère subjectif. Bien que « la causalité soit une question distincte de la *mens rea*, le critère de causalité approprié comporte un élément de faute qui, outre l'élément moral requis, est suffisant en droit pour conclure à la responsabilité criminelle »[62].

L'élément matériel du crime de manquement à la responsabilité créé par le législateur canadien prévoit aussi un autre lien avec le crime commis par le subordonné. Le législateur exige, dans la définition du crime de manquement, la preuve que « toutes les mesures nécessaires et raisonnables en son pouvoir » n'ont pas été prises pour empêcher ou réprimer la perpétration d'un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre, ou « en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuite »[63]. Les mesures nécessaires sont déterminées en fonction du crime commis par le subordonné. Cette double exigence d'un lien entre les obligations du chef militaire et le crime commis établit des rapports encore plus étroits entre ces deux infractions. Même s'ils sont distincts, ces deux crimes interdépendants possèdent, par le fait même, une nature identique.

2. Un crime de même nature que le crime perpétré par le subordonné

Au *Statut de Rome*, il est précisé que « la compétence de la Cour pénale internationale est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internatio-

60. *Id.*, p. 515.
61. *R.* c. *Finta*, *supra*, note 17, p. 813.
62. *R.* c. *Nette*, *supra*, note 58, p. 514.
63. *Loi CCHCG*, *supra*, note 3, art. 5 (1)c) et 7 (1)c).

nale »[64]. Or, il est reconnu à l'article 28a) de ce même *Statut* que le chef militaire n'ayant pas exercé le contrôle qui convenait sur ses forces peut être « pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour » même s'ils ont été commis par d'autres. Cette disposition particulière au chef militaire assimile son comportement aux crimes internationaux les plus graves, ce qui a pour effet de les rapprocher et les regrouper sous le même titre des crimes relevant de la compétence de la C.P.I.

Avant l'entrée en vigueur de la *Loi CCHCG*, le 24 octobre 2000, le droit canadien reconnaissait dans la *Loi sur la défense nationale*, une certaine responsabilité pénale au chef militaire canadien pour sa négligence relativement aux actes de ses subordonnés, laquelle responsabilité est différente de celle du soldat ayant agi sous son autorité. Le chef militaire est condamné pour sa négligence dans l'exercice de son commandement et il encoure alors la destitution ignominieuse des Forces armées canadiennes[65]. Les articles 5 et 7 de la *Loi CCHCG* prévoient, relativement au chef militaire, une infraction distincte de celle commise par le subordonné. Elle s'applique plus particulièrement lorsque ce dernier n'aurait pas exercé « le contrôle effectif » et qu'en conséquence, un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre est commis par ses subordonnés. Selon cette nouvelle mesure, ce comportement est maintenant punissable de la prison à perpétuité et ne se limite pas au chef militaire canadien comme le prévoit la *Loi sur la défense nationale*, mais s'étend à tout autre supérieur ou chef militaire étranger. Cette disposition donne une nature différente à l'infraction commise par le commandant; celle-ci est passée d'une mesure visant à promouvoir le bon ordre et la discipline des forces armées, à une mesure ayant pour objectif principal de maintenir l'ordre public. La peine maximale passe de la destitution ignominieuse, dans le premier cas, à l'emprisonnement à perpétuité, dans le second.

La responsabilité pénale particulière imposée dans la *Loi CCHCG* au supérieur ayant omis d'exercer « le contrôle

64. *Statut de Rome*, *supra*, note 2, art. 5.
65. *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 124.

qui convient sur une personne placée sous son commandement et contrôle effectifs ou son autorité et contrôle effectifs » s'applique seulement aux cas où un génocide, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité est commis[66]. En plus des modes traditionnels de participation, cette responsabilité s'ajoute aux incriminations possibles à l'encontre du supérieur. En prévoyant aux articles 5 et 7 de la *Loi CCHCG*, une définition requérant la preuve de l'autre crime, le législateur associe les deux et en fait des crimes de même nature. Un tel rapprochement à l'un de ces crimes implique des conséquences certaines sur la *mens rea* requise. Un critère subjectif doit être utilisé pour un crime si étroitement relié.

B. UNE *MENS REA* SUBJECTIVE REQUISE POUR LE CRIME DISTINCT

Il est une règle bien établie en droit pénal canadien que la *mens rea* requise pour un crime s'interprète selon un critère subjectif en raison des stigmates sociaux associés à une déclaration de culpabilité pour ce crime, et de la peine possible à la suite d'une condamnation pour celui-ci. Entre ces deux facteurs, l'unanimité des juges à la Cour suprême du Canada a soutenu que « ce sont les stigmates sociaux associés à une déclaration de culpabilité qui constituent la considération la plus importante et non la peine »[67]. Cependant, lorsque les deux sont lourds de conséquences, il est d'autant plus convainquant que la *mens rea* requise est subjective.

Dans l'affaire *Vaillancourt*, le juge Lamer, alors juge puîné à la Cour suprême du Canada, établissait en ces mots que la *mens rea* doit refléter la nature particulière de chaque crime :

> Cependant, quelle que soit la *mens rea* minimale requise pour l'acte ou le résultat, il existe, quoiqu'ils soient très peu nombreux, des crimes pour lesquels, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou des peines qui peuvent être imposées le cas échéant, les principes de justice fondamentale

66. *Loi CCHCG, supra*, note 3, art. 5 et 7.
67. *R.* c. *Logan, supra*, note 16, p. 743-744.

commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question.[68]

La peine dont est passible le chef militaire pour avoir manqué à sa responsabilité et les stigmates associés à une déclaration de culpabilité pour la perpétration de ce crime lui donnent un caractère grave. Ce crime n'en est pas un de « négligence » s'appréciant selon un critère purement objectif. Il est l'un de ceux pour lesquels une *mens rea* subjective est requise.

1. Les stigmates associés au manquement à la responsabilité

Aux yeux de la communauté, le manquement d'un chef militaire ayant eu comme conséquence la perpétration d'un génocide, crime contre l'humanité ou crime de guerre est très grave; ce comportement choque la société. Le dégoût provoqué par les actions des soldats canadiens en Somalie en 1993 en est une illustration. Une commission d'enquête, créée pour analyser cet événement tragique ayant jeté l'opprobre sur les Forces canadiennes, a qualifié cette affaire de « fiasco » et de sujet « pénible et délicat »[69]. Dans son recensement des faits, on y a appris qu'en janvier et février 1993, des coups de feu ont été tirés sur des Somaliens en fuite, certains prisonniers furent maltraités et photographiés comme s'il s'agissait de trophées, alors que toute cette violence a dégénéré en une torture brutale et l'assassinat d'un adolescent somalien détenu dans un camp canadien; en mars de la même année, deux Somaliens se sont fait tirer dans le dos tandis qu'ils s'enfuyaient des camps canadiens alors qu'ils tentaient de voler du matériel de peu d'importance militaire; l'un est mort et un autre a subi de multiples blessures[70]. Le Rapport d'enquête sur la Somalie conclut qu'il faut marquer le déploiement, dans ce cas, « du stigmate de l'échec... »[71]. Le

68. *R.* c. *Vaillancourt*, [1987] R.C.S. 636, p. 653.

69. Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie, *Un héritage déshonoré : les leçons de l'affaire somalienne*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 30 juin 1997, vol. 1 à 5 (ci-après Rapport d'enquête sur la Somalie).

70. *Id.*, vol. 1, p. 323-363.

71. *Id.*, sommaire, p. 53.

leadership a été l'élément central de cette enquête et, dans leur rapport, les trois commissaires ont été très sévères envers les chefs militaires, même pour ceux qui étaient de haut gradés :

> Certains de ceux qui faisaient partie de ce groupe sélect à l'époque pourraient même se plaindre d'avoir été éclaboussés par l'affaire somalienne. Nous n'avons guère de sympathie pour ce genre de plaintes. Leadership va de pair avec responsabilité.[72]

Un soldat, condamné par le Tribunal à la suite de cette affaire, a été considéré comme un bouc émissaire par la population canadienne convaincue que la responsabilité principale provenait plutôt des chefs militaires. Selon les valeurs véhiculées au Canada, la responsabilité du chef militaire est énorme dans ces situations, s'il n'a pas pris les « mesures nécessaires et raisonnables en son pouvoir » pour empêcher ou réprimer ces crimes.

Sauf dans le cas où une peine minimale d'emprisonnement à perpétuité est prévue parce que le meurtre intentionnel est à l'origine de l'infraction, la peine dont est passible le chef militaire pour avoir manqué à sa responsabilité selon les articles 5(1) et 7(1) de la *Loi CCHCG* est la même que celle dont est passible celui qui a commis un génocide, crime contre l'humanité ou un crime de guerre en vertu des articles 4(2) et 6(2) de cette loi. Ces crimes sont considérés de même gravité. Il serait illogique de prévoir, dans le même texte législatif, une peine maximale identique pour des crimes de gravité différente.

Étant donné la gravité intrinsèque de l'infraction pour le manquement à la responsabilité, la Constitution canadienne ne permet pas, sans une dérogation expresse, une référence intégrale à l'article 28 du *Statut de Rome* qui ne requiert que la négligence, un standard objectif, pour déterminer la responsabilité du chef militaire. Selon l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce crime exige plutôt une preuve de « négligence criminelle » requérant l'application d'un critère subjectif.

---

72. *Id.*, vol. 5, p. 1651.

2. L'application d'un critère subjectif dans la détermination de la négligence criminelle

Que l'on s'appuie sur l'article 28 du *Statut de Rome* ou sur les articles 5 et 7 de la *Loi CCHCG*, une *mens rea* différente est requise du supérieur hiérarchique chef militaire ou de tout autre supérieur hiérarchique. Le texte du traité international stipule que le chef militaire peut engager sa responsabilité pénale s'il « *savait* ou en raison des circonstances, *aurait dû savoir*, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes », alors que tout autre supérieur ne possède la *mens rea* requise que s'il « savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement »[73]. Au Canada, la *Loi CCHCG* prévoit plutôt que le chef militaire commet une infraction pour avoir manqué à sa responsabilité lorsqu'« il *sait* que la personne [sous son contrôle] est sur le point ou en train de commettre l'infraction ou il se rend coupable de *négligence criminelle* du fait qu'il ignore qu'elle est sur le point ou en train de commettre l'infraction », alors que tout autre supérieur commet cette infraction lorsqu'« il sait que la personne [sous son contrôle] est sur le point ou en train de commettre l'infraction ou il néglige délibérément de tenir compte de renseignements qui indiquent clairement qu'elle est sur le point de commettre cette infraction »[74]. Dans ce dernier cas, le test utilisé au Canada est identique à celui prévu au *Statut de Rome*. Selon le droit national ou le droit international, la *mens rea* requise du « supérieur civil » comprend la connaissance réelle des circonstances ou la faute de celui qui refuse de s'informer sur une circonstance alors qu'il est conscient de la forte probabilité de son existence. Cette faute peut être assimilée à ce qui est reconnu en common law comme un aveuglement volontaire, et possède ainsi un caractère subjectif ne pouvant être assimilé à la connaissance présumée[75].

---

73. *Statut de Rome*, *supra*, note 2, al. 28 a)i) et 28 b)i).
74. *Loi CCHCG*, *supra*, note 3, al. 5(1)b) et 5(2)b) ou 7(1)b) et 7(2)b).
75. G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed., London, Stevens & Sons Ltd., 1978, p. 84.

En droit pénal canadien, la *mens rea* requise pour une infraction ne diffère généralement pas selon le statut de l'accusé mais, comme une telle distinction a été faite au *Statut de Rome* entre le chef militaire et les autres supérieurs hiérarchiques, celle-ci a été reprise dans la *Loi* canadienne *CCHCG* mettant en œuvre ce traité. Cependant, les deux textes n'emploient pas des expressions identiques pour décrire la *mens rea* requise de la part du chef militaire. Relativement à ce dernier, la disposition législative canadienne renvoie à la « négligence criminelle » alors que l'article 28 du *Statut de Rome* utilise plutôt l'expression « aurait dû savoir ». De cette différence de terminologie découle une différence de l'élément moral qui devra être prouvé devant le tribunal civil (par opposition à militaire) canadien.

Comme aucune indication contraire n'est prévue dans la *Loi CCHCG,* on applique la définition de la négligence criminelle au sens du *Code criminel* selon lequel une personne est coupable de négligence criminelle lorsqu'elle « [...] montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou la sécurité d'autrui. »[76] La « négligence criminelle » a été décrite par la Cour suprême du Canada comme un écart marqué à la norme, ne correspondant pas tout à fait au critère purement objectif, jugeant que dans une affaire criminelle, le lien entre les conséquences et les actes négligents doit être plus important que dans une affaire de responsabilité civile :

> Aux fins de l'indemnisation de la victime innocente, on a attribué beaucoup de clairvoyance à l'entité imaginaire qu'est la personne raisonnable. En réalité il arrive souvent que le défendeur n'ait pas prévu les conséquences des actes négligents dont il est tenu responsable objectivement. Dans une affaire criminelle, le lien doit être plus important. Pour établir la témérité, les conséquences doivent être plus évidentes.[77]

Dans l'arrêt *R.* c. *Tutton*[78], les six juges de cette Cour participant au jugement se sont partagés également sur l'application d'un critère objectif ou subjectif dans la détermination de la négligence criminelle. Trois étaient d'avis qu'il fallait éva-

76. *Loi CCHCG, supra,* note 3, article 2(2); article 219 du *Code criminel.*
77. *R.* c. *Anderson,* [1990] 1 R.C.S. 265, 270.
78. *R.* c. *Tutton,* [1989] 1 R.C.S. 1392.

luer la conduite de l'accusé selon un critère objectif alors que les trois autres préféraient appliquer un critère subjectif pour faire cette évaluation. Cette division s'est estompée lorsque, dans l'affaire *Anderson*, une majorité de la Cour a considéré que les deux méthodes se rejoignaient en déterminant la prévisibilité des conséquences « [tant] selon les méthodes objective que subjective [...] », ce qui lui a permis de déclarer un peu plus loin dans cette affaire qu'il est alors « plus facile de conclure que l'accusé doit avoir prévu les conséquences. »[79]

L'utilisation d'un critère purement objectif pour le chef militaire équivaudrait à la reconnaissance d'une présomption de connaissance permettant de conclure à une responsabilité pénale à laquelle « se rattachent des stigmates de nature spéciale ». Une telle interprétation porterait atteinte à la présomption d'innocence, un principe reconnu et protégé à l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En droit pénal canadien, la « négligence criminelle » doit s'interpréter en conformité avec ce document constitutionnel. Le choix d'une formule objective ne peut s'appliquer au chef militaire pour ce crime étroitement lié à un crime international très grave.

CONCLUSION

Selon le droit pénal canadien, le chef militaire qui a omis d'agir peut engager sa responsabilité pénale pour le crime — génocide, crime de guerre ou crime contre l'humanité — commis par un soldat s'il possédait l'intention d'aider à la commission de ce crime en plus de connaître les circonstances de cette commission. Un lien de subordination entre le chef militaire et l'auteur principal n'est pas essentiel dans ce cas. Si un tel lien existe, il sera pénalement responsable pour son omission ayant mené à la commission d'un génocide, crime de guerre ou crime contre l'humanité uniquement s'il possédait une *mens rea* subjective. En absence de son intention d'aider à la commission de l'un de ces crimes, son omission peut correspondre à un crime distinct dans les seuls cas où il connaissait les circonstances relatives à la commission de l'un de

79. *R.* c. *Anderson*, *supra*, note 77, p. 270-271.

ceux-là ou s'il est possible de conclure à son aveuglement volontaire parce qu'il « possédait des informations lui permettant de conclure » à cette commission. Ce test subjectif correspond à celui appliqué par le droit international coutumier, alors que le *Statut de Rome* propose plutôt l'application d'un test objectif au chef militaire, s'éloignant ainsi de la définition générale de l'élément psychologique s'appliquant à toutes les parties à un crime relevant de la compétence de la C.P.I.

Des limites constitutionnelles empêchent d'appliquer un critère objectif pour déterminer la *mens rea* requise par ces crimes en droit pénal canadien. Une *mens rea* subjective est essentielle pour les crimes internationaux les plus graves et pour les autres infractions ayant un lien étroit avec eux. Cette protection constitutionnelle s'applique tant à l'auteur principal qu'aux autres participants. Devant un tribunal canadien, un chef militaire ne peut être condamné pour le crime de génocide, le crime contre l'humanité ou le crime de guerre commis par une personne sous son autorité autrement que par les modes traditionnels de participation prévus au *Code criminel* qui tous exigent une *mens rea* subjective. Pour avoir omis d'exercer ses responsabilités sans l'intention spécifique d'aider à la commission du crime commis, il sera condamné pour un crime distinct, mais de même nature que celui commis par son subordonné. Son ignorance des circonstances doit provenir de sa négligence criminelle, laquelle ne peut s'analyser selon un critère purement objectif. Punir pour le défaut d'agir dans ce cas ne permet pas de punir pour le défaut d'état d'esprit. Lors d'une poursuite nationale du chef militaire pour son manquement à la responsabilité, le tribunal doit chercher une *mens rea* subjective, même si la C.P.I. pourrait théoriquement le condamner pour le crime commis par le subordonné en appliquant un critère objectif relativement à sa connaissance.

Considérant le principe *ne bis in idem*, le Canada devrait, pour se conformer à ses obligations, remettre le chef militaire à la C.P.I. au lieu de le poursuivre devant un tribunal canadien où il ne sera pas possible d'appliquer le critère objectif tel que prévu au *Statut de Rome*, une convention qu'il a ratifiée. Le principe *ne bis in idem*, reconnu à l'article 20 du *Statut de Rome*, est opposable devant la C.P.I. Une

affaire sera jugée irrecevable devant ce tribunal international si le chef militaire a été jugé au Canada pour manquement à la responsabilité et acquitté pour absence de *mens rea*[80]. Afin de favoriser pleinement le développement du *Statut de Rome*, il serait préférable que le Canada refuse d'intenter les poursuites pour le crime commis par le chef militaire en vertu des articles 5 et 7 de la *Loi CCHCG* et préfère une remise à la C.P.I. dans ces cas, ce qui permettrait à ce tribunal international de développer une jurisprudence concernant l'interprétation de l'article 28a) du *Statut de Rome*.

Rachel Grondin
Faculté de droit
Université d'Ottawa
57, rue Louis-Pasteur
OTTAWA (Ontario) K1N 6N5
Tél. : (613) 562-5800 poste 3249
Téléc. : (613) 562-5121
Courriel : Rachel.Grondin@uottawa.ca

80. *Statut de Rome*, *supra*, note 2, al. 17(1)c) et par. 20(3).