

Demi-journée d'études
**NOUVELLES FORMES DE
CRIMINALITÉ INTERNATIONALE**
Le point de vue des jeunes chercheurs et praticiens



Sous la présidence de M. Cotte,
Président honoraire de la chambre criminelle de la Cour de cassation
et ancien juge à la Cour pénale internationale

VENDREDI 22 MARS 2019

9H-13H

Bâtiment Simone Veil (F)
Salle des conférences (F352)



LES NOUVELLES FORMES DE CRIMINALITE INTERNATIONALE

Le 22 mars 2019, la toute première demi-journée d'études du Diplôme universitaire « Organisations et juridictions pénales internationales » (DU OJPI)¹ a été organisée dans le sillage d'un colloque sur les nouvelles formes de criminalité organisé par Mmes Raphaële Parizot et Anne-Laure Chaumette². L'idée, initiée par d'anciens étudiants diplômés de cette formation, était de faire travailler sur la même thématique de jeunes chercheurs et praticiens ayant un autre regard que celui des participants – nécessairement plus expérimentés - au colloque. Le résultat s'est avéré tout à fait satisfaisant, les contributions présentées complétant ou prolongeant utilement certaines des réflexions amorcées dans le cadre de celui-ci. Elles ont ainsi permis d'identifier les modalités de construction de nouvelles incriminations (particulièrement dans les conflits armés contemporains caractérisés par leur complexité) puis de souligner les difficultés d'appréhension de certains phénomènes criminels (parce qu'ils sont commis par des personnes morales ou *via* des armes dites autonomes ou parce qu'ils mettent radicalement en cause l'existence même d'un gouvernement). La demi-journée a également profité de la présidence et des remarques expertes de Bruno COTTE, Président honoraire de la chambre criminelle de la Cour de cassation et ancien juge à la Cour pénale internationale. Qu'il soit ici vivement remercié pour sa contribution au succès de cette manifestation, auquel il convient également d'associer le CEDIN de l'Université Paris Nanterre, grâce à Franck LATTY, son Directeur, et Lucyna GOMEZ ECHEVERRI, sa Secrétaire générale. L'organisation de la demi-journée n'aurait pas non plus été possible sans l'aide de Julie ROUX, Présidente de l'Association des anciens du DU OJPI.

Marina EUDES, Directrice du DU OJPI

¹ Le DU OJPI est dispensé à l'Université Paris Nanterre (<http://ojpi.parisnanterre.fr/>). Ses anciens étudiants animent une Association qui est à l'origine de l'organisation de la demi-journée d'études du 22 mars (<https://lesamisojpi.wordpress.com/>).

² Elles sont d'ailleurs vivement remerciées pour l'accueil favorable réservé à cette manifestation annexe. Les actes du colloque qu'elles ont dirigé vont prochainement paraître aux Editions Pedone, Paris.

SOMMAIRE :

- Une analyse comparée des versions commentées des Convention des Genève, reflet d'une influence renouvelée entre droit international humanitaire et droit international pénal*, par Elsa KHODALITZKY, Juriste à la direction des affaires juridiques du ministère des armées,p. 4
- Le rôle de la soft law dans l'appréhension des nouvelles formes de criminalité au cours des conflits armés*, par Elsa MARIE, Doctorante en droit public, CEDIN, Université Paris Nanterre,p. 16
- D'un simple devoir de vigilance à une responsabilité pénale des sociétés mères ?*, par Maria Andréa SAAB, Diplômée du Master 2 Droit pénal et sciences criminelles et du DU OJPI, Université Paris Nanterre,p. 38
- La responsabilité des crimes commis par les systèmes d'armes létaux autonomes (SALA)*, par Julie FEVRIER, avocate et doctorante et Louis PEREZ, chercheur associé au sein d'un centre de recherche du Ministère des Armées et doctorant,.....p. 50
- Le crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement*, par Ghislain MABANGA, Docteur en droit public, Avocat, ancien vice-président de l'Association du Barreau près la Cour pénale internationale et Chargé d'enseignements à l'Université Paris Nanterre,p. 73

**UNE ANALYSE COMPAREE DES VERSIONS COMMENTEES DES CONVENTIONS DE GENEVE,
REFLET D'UNE INFLUENCE RENOUVELEE ENTRE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE
ET DROIT INTERNATIONAL PENAL ?**

Elsa KHODALITZKY

Juriste à la direction des affaires juridiques du ministère des armées

Résumé :

Pour tout praticien de droit international humanitaire, la publication en 2016 des nouveaux commentaires de la première Convention de Genève par le CICR a été un élément marquant. Les quatre Conventions cardinales et leurs premiers commentaires datant de près de 60 ans, une actualisation était très attendue. Entouré d'experts nationaux, d'universitaires et de praticiens, le CICR a entrepris d'enrichir au maximum cette nouvelle version des commentaires afin de rendre compte des nombreuses évolutions connues depuis 1949. La présente contribution entend, à travers une démarche comparative des deux versions des commentaires, mettre en lumière les mouvements d'influence croisés entre droit international humanitaire et droit international pénal.

Abstract :

For every international humanitarian law practitioner, the publication of first Geneva Convention's new commentaries in 2016 has been a significant event. As the four fundamental Conventions and their first commentaries were published nearly 60 years ago, an update was really expected. This work, led by the ICRC, assisted by national experts, academics, and legal practitioners, aim to broaden the new commentaries and to show many new developments since 1949. Through a comparative basis of the two commentaries' versions, this note is to show how both international humanitarian law and international criminal law can be influenced by each other.

Mots clefs :

droit international humanitaire – droit international pénal – Conventions de Genève – Commentaire Pictet – crimes de guerre – infractions graves – liens DIH/Droit international pénal

Les quatre Conventions de Genève de 1949 constituent, aujourd'hui encore, la pierre angulaire du droit international humanitaire (DIH)¹. Afin d'en préciser le contenu, elles ont fait l'objet de premiers commentaires en 1952² dirigés par Jean Pictet. Cette première « lecture » des conventions a permis de préciser certaines notions et obligations de DIH, difficilement applicables en l'état. Toutefois, comme l'ont démontré les conflits contemporains, les nouveaux acteurs engagés ou l'utilisation de nouvelles technologies sur les champs de bataille, ces instruments peuvent parfois sembler datés ou peu adaptés aux nouvelles spécificités que connaissent les conflits armés du XXI^e siècle³. Ainsi, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), en tant que « *gardien du droit humanitaire* »⁴ a entrepris une mise à jour de ces commentaires, dont la version finale a été publiée en 2016⁵. L'introduction décrit le processus de rédaction ainsi que la méthodologie privilégiée. Cette version révisée est le fruit de recherches de la part d'une équipe du CICR dédiée au projet et de juristes externes⁶. Elle a, par la suite, été soumise à plusieurs niveaux de comité de lecture et d'examen afin que ces nouveaux commentaires « *reflètent aussi précisément que possible la pratique actuelle et fournissent des interprétations juridiques à jour fondées sur la pratique, la jurisprudence, les observations universitaires et l'expérience du CICR* »⁷. La valeur juridique de ces travaux a longtemps fait débat. En effet, ils sont avant tout le fruit de réflexions doctrinales, et non directement de la volonté des Etats parties qui irrigue théoriquement toute branche de droit international, y compris le droit international humanitaire. Toutefois, il est aujourd'hui unanimement admis que « *avec les années, les six volumes de ces Commentaires du CICR ont fini par être reconnus*

¹ Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949 ; Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949 ; Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949 ; Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949. Elles sont entrées en vigueur le 21 octobre 1950.

² PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaires publiés sous la direction de Jean S. Pictet*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1952.

³ HENCKAERTS (J.-M.), « Adapter les Commentaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels au XXI^e siècle », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 94, Sélection française 2012/4.

⁴ SANDOZ (Y.), *Le Comité international de la Croix-Rouge : gardien du droit international humanitaire*, CICR, Genève, 1998, 35 p. ; voir Statut du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 1986, art. 5.

⁵ CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 2^eme édition, 2016. Disponibles [en ligne](#).

⁶ CAMERON (L.), DEMEYERE (B.), HENCKAERTS (J.-M.), LA HAYE (E.), NIEBERGALL-LACKNER (H.), *Le Commentaire mis à jour de la Première Convention de Genève – un nouvel outil pour générer le respect du droit international humanitaire*, CICR, 21 novembre 2016, disponible [en ligne](#).

⁷ CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, *op. cit.*, §14.

comme des interprétations respectées et faisant autorité des Conventions et de leurs Protocoles additionnels de 1977, essentiels pour la compréhension et l'application du droit »¹. Pour preuve, les tribunaux pénaux internationaux se réfèrent parfois explicitement à ces commentaires pour mener leur argumentation². Plus qu'un instrument juridiquement liant, c'est un outil essentiel d'interprétation qui a valeur d'autorité.

Afin de refléter au mieux les interprétations juridiques contemporaines, les nouveaux commentaires entendent s'adapter à la pratique de nouveaux acteurs (notamment les groupes armés), à de nouvelles approches du DIH, ainsi qu'à ses liens avec d'autres branches pertinentes du droit international, dont notamment le droit international pénal (Droit international pénal)³. En effet, celui-ci et le droit international humanitaire entretiennent, par essence, d'étroites relations. Si le DIH pose les règles matérielles à respecter dans les situations de conflits armés, la violation de ces normes entraîne des conséquences, traduites en droit international pénal. Les règles de DIH servent de base aux différentes incriminations du crime de guerre⁴. L'étude de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux⁵ démontre qu'ils s'appuient non seulement sur les statuts fondateurs, mais également sur une lecture actualisée de ces instruments⁶.

En conséquence, l'acception contemporaine des règles de DIH, compilée dans les nouveaux commentaires, pourrait également être source d'un renouveau des crimes de guerre sanctionnés en droit international pénal. En effet, le processus peut être similaire à celui opéré dans les premières décisions des tribunaux pénaux internationaux qui se sont parfois référés expressément aux commentaires de 1952 pour tracer les contours de certaines définitions et infractions⁷. Afin de mener cette analyse, il convient de privilégier une étude comparative des

¹ *Ibid.*, §3.

² Voir par exemple CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07, §905 ; CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06, §541.

³ CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, *op. cit.*, §36.

⁴ BELLIVIER (F.), EUDES (M.), FOUCHARD (I.), *Droit des crimes internationaux*, Paris, PUF, 2018, pp.112-122 ; CASSESE (A.), ACQUAVIVA (G.), FAN (M.), WHITING (A.), *International criminal law : cases and commentary*, Oxford University Press, 2011, p.117-153 ; CASSESE (A.), SCALIA (D.), THALMANN (V.), *Les grands arrêts de droit international pénal*, Dalloz, 2010, p.131.

⁵ Notamment le Tribunal pénal pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY), *Statut de Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, 25 mai 1993, *Résolution du Conseil de sécurité de l'ONU 827(1993)* ; le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, 9 novembre 1994, *Résolution du Conseil de sécurité de l'ONU 955(1994)* ; le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL), *Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, U.N. SCOR, U.N. Doc S/2002/246 ; et la Cour pénale internationale (CPI), *Statut de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998. Entré en vigueur le 1er juillet 2002. Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol.2187, p. 3.

⁶ FERNANDEZ (J.) et PACREAU (X.) (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, p. 490.

⁷ Voir par exemple le TPIY dans le jugement *Tadić* de 1997 qui se réfère à maintes reprises aux commentaires de 1952.

deux versions des commentaires, cela permettant de mettre en exergue les apports de l'un par rapport à l'autre, ainsi que les mouvements d'influence. Une telle démarche n'a pas encore été envisagée ; la doctrine en la matière est donc encore limitée, ce qui est source de difficultés, mais également d'intérêt pour le sujet.

Dans quelle mesure, la version révisée des commentaires des Conventions de Genève traduit une influence renouvelée du droit international pénal sur le droit international humanitaire ?

Deux aspects sont particulièrement révélateurs : tout d'abord, l'influence du droit international pénal sur des notions peu développées à l'époque de l'adoption des premiers commentaires, mais devenues centrales depuis lors, notamment celle de « conflit armé non international » et celle de « responsabilité pénale individuelle » (I) ; puis, l'influence qu'a eu le droit international pénal pour tracer le contour de certaines règles matérielles de droit international humanitaire (II).

I – UN ENRICHISSEMENT DE NOTIONS CLES DE DIH GRACE A LEUR MISE EN ŒUVRE PAR LA JURISPRUDENCE PENALE INTERNATIONALE

À l'époque des premiers commentaires, certains concepts alors très novateurs n'en sont qu'à leurs balbutiements. C'est l'application qui va en être faite par les juges pénaux internationaux qui leur permet de prendre toute leur ampleur. Ainsi, la notion de conflit armé non international (A), ainsi que la mise en œuvre d'une responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire (B) se sont vues explicitées.

A – LA DEFINITION DU CONFLIT ARME NON INTERNATIONAL ETAYEE PAR LA JURISPRUDENCE DE DROIT INTERNATIONAL PENAL

Lors de l'adoption des Conventions de Genève, l'idée même d'encadrer les comportements ayant cours en cas de conflits « internes » n'allait pas de soi. Les États, largement frileux à exposer leurs difficultés à leurs pairs, entendaient garder une compétence exclusive pour agir selon leur droit national afin de riposter à d'éventuels soulèvements¹. Toutefois, conscients de la nécessité d'encadrer ce genre de conflits, dépassant le seuil de

¹ PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaires publiés sous la direction de Jean S. Pictet, op. cit.*, p. 41-52.

simples « troubles et tensions internes »¹, ils parviennent finalement à l'adoption de l'article 3 commun. Celui-ci dispose qu'« [e]n cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes »², s'en suit une dizaine de comportements prohibés. Bien que très novatrice, la notion de conflit armé non international (CANI) n'en demeure pas moins peu explicite³. Les premiers commentaires en ont apporté un certain éclairage⁴. Toutefois, la pratique étant encore peu développée en la matière dans les années 1950, ceux-ci se révèlent également quelque peu laconiques, et peu enclins à être directement appliqués à une situation concrète.

Depuis, l'application de cet article s'est largement répandue et la plupart des conflits contemporains s'inscrivent dans des situations de CANI. De plus, la grande majorité des affaires de crimes de guerre traduites devant des tribunaux pénaux internationaux se sont déroulées dans des contextes de CANI. L'article 3 commun a donc connu une vraie mise en œuvre grâce au droit international pénal, qui a permis d'en tracer les contours. Ce phénomène est mis en exergue dans les nouveaux commentaires, qui reprennent *in extenso* le célèbre jugement *Tadić*⁵ et ses deux critères permettant de qualifier un CANI, qui sont désormais unanimement repris et acceptés : le critère d'intensité des affrontements ; et le critère de l'organisation des parties en présence⁶. La prise en compte du droit international pénal est explicitement reconnue par les nouveaux commentaires : « Dans les années 1990, les décisions rendues par le TPIY et le TPIR ont apporté une importante contribution pour clarifier la définition et les critères constitutifs du conflit armé non international »⁷. Afin d'étayer les critères d'intensité et d'organisation des parties, les commentaires de 2016 s'appuient non seulement sur la jurisprudence du TPIY, précurseur en la matière, mais également sur les applications jurisprudentielles ultérieures. Les faisceaux d'indices consacrés dans les jugements *Haradinaj*⁸ et *Limaj*⁹ sont repris expressément dans les nouveaux commentaires qui relèvent

¹ Cette exclusion des troubles et tensions internes a été assise une fois pour toute lors de l'adoption du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977. Voir article 1 al. 2.

² Article 3§1 commun aux quatre Conventions de Genève.

³ ABI-SAAB (G.), « Non International Armed Conflicts », in UNESCO (dir.), *International Dimensions of Humanitarian Law*, Paris, UNESCO, 1988, p. 257.

⁴ PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaires publiés sous la direction de Jean S. Pictet*, op. cit., p. 52-55.

⁵ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadić alias « Dule »*, Jugement, 7 mai 1997, IT-94-1-T.

⁶ *Ibid.*, § 562.

⁷ CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, op. cit., § 426.

⁸ TPIY, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, et consorts*, Jugement du 3 avril 2008, IT-04-85-T, § 60.

⁹ TPIY, *Le Procureur c. Fatmir Limaj et consorts*, Jugement du 30 novembre 2005, IT-03-66-T, §§ 94-134.

que : « *Le fait que ces deux critères aient été évoqués peu après l'adoption de l'article 3 commun et qu'ils aient été réaffirmés et étoffés au fil des ans, confirme leur caractère décisif pour déterminer le seuil d'application de l'article 3 commun* »¹. Ils sont par la suite appliqués par la CPI dans les jugements *Lubanga*², *Katanga*³ et *Bemba*⁴. L'influence de la jurisprudence pénale internationale est donc claire, et plusieurs fois répétée dans la version révisée des commentaires.

Ces nombreuses assises jurisprudentielles ont donné vie à l'article 3 commun. Les indices développés par les juridictions pénales internationales ont acquis un poids substantiel, consacré dans les nouveaux commentaires. A titre de comparaison, les commentaires de 1952 ne faisaient état que des travaux de la conférence préliminaire ou de la conférence d'experts gouvernementaux⁵. Étant le reflet de la pratique, la version de 2016 bénéficie d'une plus forte légitimité. La notion de CANI au sens de l'article 3 commun est ainsi mieux définie et plus étayée, adaptée à une mise en pratique concrète.

Au-delà de cet approfondissement de la notion de conflit armé non international, le processus d'enrichissement du DIH à travers le droit international pénal est également notable au niveau de l'établissement d'une responsabilité pénale individuelle.

B – LA RESPONSABILITE PENALE INDIVIDUELLE POUR VIOLATION DU DIH

Une fois de plus, le principe d'une responsabilité pénale individuelle pour les auteurs présumés de violations du droit international humanitaire n'est que très succinct dans les conventions et dans les premiers commentaires⁶. L'accent est avant tout mis sur le rôle premier des Etats dans leur ordre juridique interne. En effet, à l'origine, l'une des particularités des crimes de guerre est qu'ils relevaient avant tout du droit interne et étaient sanctionnés par la justice de chaque Etat⁷. Les commentaires initiaux s'axent essentiellement sur l'obligation

¹ CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, *op. cit.*, § 435.

² CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, *op. cit.*, §537.

³ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, *op. cit.*, §1186.

⁴ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 21 mars 2016, ICC-01/05-01/08 §134-136.

⁵ PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaires publiés sous la direction de Jean S. Pictet*, *op. cit.*, pp. 43-52 (voir les notes de bas de pages).

⁶ Voir article 49 de la Convention I et ses commentaires : « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant* ».

⁷BELLIVIER (F.), EUDES (M.), FOUCHARD (I.), *Droit des crimes internationaux*, *op. cit.*, p.111.

qu'ont les Etats parties d'appliquer les conventions et ce, à travers la promulgation d'une législation adaptée à la poursuite des auteurs présumés de violations, la recherche de ces personnes prévenues en cas de présence sur leur territoire ainsi que leur extradition, mais toujours conformément à leur droit interne¹. Toutefois, si elle n'est pas développée, l'idée même d'une responsabilité pénale individuelle n'est pas exclue pour autant. Les anciens commentaires laissent le champ ouvert au développement du droit international pénal : « *Signalons encore que le texte de cet alinéa n'exclut nullement la remise des inculpés à un tribunal pénal international dont les Parties contractantes auraient reconnu la compétence. Sur ce point, la Conférence diplomatique a voulu expressément réserver l'avenir et ne pas faire obstacle aux progrès du droit international.* »².

Dans les commentaires de 2016, l'approche est complètement renouvelée. Elle décrit le principe de responsabilité pénale individuelle internationale, désormais assis en droit coutumier, grâce à l'application qu'en ont fait les tribunaux pénaux internationaux dans la poursuite et le jugement des auteurs présumés de violations du DIH. Les formes de répression envisagées en 1952 sont détaillées à la lumière du droit international ultérieur. A titre d'exemple, les modes de responsabilité ont été largement développés. Dans les premiers commentaires, seules les sanctions à l'encontre des personnes ayant commis ou ayant donné l'ordre de commettre une infraction grave aux conventions sont envisagées³. En 2016, il est admis que la pratique a évolué, notamment au regard de l'avènement du Statut de Rome qui prévoit aussi la tentative⁴. La responsabilité du supérieur hiérarchique et le fait de pouvoir voir sa responsabilité engagée pour ne pas avoir pris les mesures pour faire cesser des violations du DIH sont également développés, en s'appuyant sur le statut du TPIY⁵, ainsi que sur sa décision dans l'affaire *Hadžihasanović*⁶. Les formes de responsabilités se sont donc bien vues largement étoffées.

Par ailleurs, le fait de savoir si les auteurs de violations dans le cadre d'un CANI sont soumis à la même forme de responsabilité pénale individuelle que les auteurs présumés de violations dans le cadre d'un conflit armé international est également envisagé dans les

¹ PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaires publiés sous la direction de Jean S. Pictet, op. cit.*, pp. 411-412.

² *Idem.*

³ PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaires publiés sous la direction de Jean S. Pictet, op. cit.*, pp. 407 et s.

⁴ Voir article 25§3f) du Statut de Rome ; CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, op. cit.*, §§ 2854 et s.

⁵ Voir article 7§3 du statut du TPIY ; CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, op. cit.*, §§ 2854 et s.

⁶ TPIY, *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et consorts*, Décision relative à l'exception d'incompétence, IT-01-47-AR72.

nouveaux commentaires. En 1952, les commentaires étaient muets sur la question, préférant probablement laisser aux Etats le soin de poursuivre ces auteurs présumés en application de leur droit interne. Toutefois, les nouveaux commentaires consacrent une fois pour toute ce principe, sans distinction basée sur le caractère international ou non du conflit : « *La poursuite de personnes pour violations graves de l'article 3 commun fut laissée à la discrétion des États sur la base de leurs codes pénaux nationaux. L'adoption des Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie en 1993 et pour le Rwanda en 1994 a constitué un tournant décisif dans la reconnaissance de la responsabilité pénale individuelle dans les conflits armés non internationaux, y compris pour des violations graves de l'article 3 commun* »¹. L'histoire de la naissance du droit international pénal est par suite apportée comme preuve.

Le commentaire révisé de l'article 3 commun énonce donc de nouvelles obligations sur la base des développements ultérieurs à 1952, apportés par les juridictions pénales internationales. Bien que le rôle du DIH ne soit pas directement de poursuivre pénalement les auteurs de violations, le fait que les nouveaux commentaires détaillent l'article 49 intitulé « *Sanctions pénales* » en reprenant les différents modes de responsabilité envisageables assoie inévitablement le principe de la responsabilité pénale individuelle.

La définition du conflit armé non international, comme l'établissement d'une responsabilité pénale individuelle sont désormais bien assis et développés dans les nouveaux commentaires, et ce, en grande partie grâce au droit international pénal, qui a donné un vrai écho à ces notions. Au-delà du travail de définition, l'étude comparative des versions des commentaires permet également de mettre en exergue toute l'influence qu'a eue le droit international pénal pour tracer le contour de certaines obligations posées par le droit international humanitaire.

II – UN TRAVAIL DE CLARIFICATION DE CERTAINES INTERDICTIONS POSEES PAR LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Le droit international humanitaire vise à encadrer la conduite des hostilités sur le champ de bataille. Pour ce faire, il pose un certain nombre d'obligations à respecter et de comportements prohibés. Toutefois, ces dispositions matérielles n'ont pas toujours été claires ou explicites. Une fois de plus, les nouveaux commentaires font état d'un net enrichissement,

¹ CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, op. cit., § 872.

notamment concernant les infractions posées par l'article 3 commun (A) et les éléments constitutifs des infractions graves aux conventions (B).

A – UN DEVELOPPEMENT ACCRU DES INFRACTIONS DE L'ARTICLE 3 COMMUN AUX CONVENTIONS DE GENEVE

Lors de l'adoption de l'article 3 commun, les Etats se sont axés sur les comportements prohibés plutôt que de s'attacher au champ d'application matériel de l'article. Malgré tout, les dispositions ne sont que peu explicites et les premiers commentaires peu détaillés. A titre d'exemple, la référence aux prises d'otage est citée, sans être développée¹. Comparativement, les commentaires de 2016 y consacrent de nombreux paragraphes, en s'appuyant sur les *Éléments de crimes de la CPI*² : « *La définition large figurant dans les Éléments des crimes de la CPI vaut également pour l'interdiction de la prise d'otages qui figure à l'article 3* ». ³ Par ailleurs, la jurisprudence du TSSSL, particulièrement riche en la matière, a permis de dégager les différents éléments constitutifs d'une prise d'otage au sens de l'article 3 commun. Les commentaires se réfèrent d'ailleurs à l'arrêt *RUF*⁴ pour définir les pré-requis nécessaires à la qualification d'une prise d'otage au sens de l'article 3 commun : les cibles des prises d'otage (qui peuvent, depuis cet apport jurisprudentiel, être des détenus), les menaces qu'ils doivent subir, et le but de la prise d'otage⁵. Sur l'acception de cette notion, les commentaires révisés sont véritablement révélateurs de l'influence du droit international pénal.

Un autre exemple est significatif : l'interdiction des violences sexuelles, non prévue par l'article 3 commun et non envisagée en 1952. Cela est désormais consacré à travers l'obligation des traitements humains et l'interdiction des atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle figurant parmi les comportements prohibés de l'article 3 commun⁶. Les commentaires révisés s'appuient de nouveau sur la jurisprudence des juridictions pénales internationale pour asseoir ce principe, et notamment sur l'affaire *Kunarać*⁷ du TPIY. La jurisprudence du TPIR est également citée,

¹ *Ibid.*, p.58.

² CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, *op. cit.*, §§ 697 et s. Voir également les notes de bas de pages.

³ *Ibid.*, § 649.

⁴ TSSSL, *Prosecutor c. Issa Hassan Sesay et consorts*, Jugement, 2 mars 2009, Case No. SCSL-04-15-T, §§ 596-60.

⁵ CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, *op. cit.*, §§ 647-662.

⁶ Article 3§1a) commun aux quatre Conventions de Genève : « *les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices* ».

⁷ TPIY, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarać et consorts*, arrêt, IT-96-23, 12 juin 2002.

en particulier le jugement *Bagosora*¹ qui a reconnu l'accusé coupable, en raison des viols commis, d'atteintes à la dignité de la personne constitutives d'une violation de l'article 3 commun². Enfin, les commentaires se réfèrent explicitement au statut de Rome, qui qualifie de crimes de guerre, le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée et toute autre forme de violence sexuelle constituant une sérieuse violation de l'article 3 commun³. La première condamnation par la CPI du viol comme crime de guerre dans le jugement *Bemba*⁴ apporte une preuve supplémentaire. D'ailleurs, la doctrine commentant l'article 8 du Statut⁵ rappelle ce mouvement d'influence croisée du DIH et de la jurisprudence pénale internationale. En effet il est reconnu que concernant les violences sexuelles, l'approche privilégiée dans les Eléments des crimes⁶ se fonde sur l'étude de référence du CICR et les applications jurisprudentielles pertinentes⁷.

En compilant l'ensemble de ces apports jurisprudentiels, les commentaires révèlent une fois de plus combien la mise en œuvre qu'ont fait les juridictions internationales pénales des interdictions posées par le DIH pour qualifier des crimes de guerres a permis de les enrichir⁸. Au-delà des infractions énumérées à l'article 3 commun, le mouvement d'influence du droit international pénal est également visible sur les éléments constitutifs des infractions graves aux Conventions de Genève.

B – LE DEVELOPPEMENT DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DES INFRACTIONS GRAVES AUX CONVENTIONS DE GENEVE

L'adoption de l'article 50 de la première convention (commun aux quatre conventions)⁹, traduit dès 1949, la nécessité de définir des infractions graves, c'est-à-dire nécessitant une

¹ TPIR, *Le Procureur c. Théoneste Bagosora et consorts*, jugement portant condamnation, 18 décembre 2008, ICTR-98-41-T.

² *Ibid.*, §2254.

³ Statut de la CPI (1998), article 8, par. 2, al. e), vi), 1 à 6

⁴ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, *op. cit.*, §§ 98-112 et §§ 631-638

⁵ FERNANDEZ (J.) et PACREAU (X.) (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, *op. cit.*, pp. 482-541.

⁶ Élément des crimes, adoptés par l'Assemblée des Etats Parties le 9 septembre 2002, *Documents officiels de l'Assemblée des Etats Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, première session, New York, 3-10 septembre 2002.

⁷ *Idem.* p. 518.

⁸ TRIFFTERER (O.), AMBOS (K.) (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 3 volumes, Munich / Oxford, Verlag C.H. Beck / Hart Publishing, 3e édition, 2016, 2352 p.

⁹ Article 50 de la Convention I : « Les infractions graves visées à l'article précédent sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention : l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire ».

répression universelle. Les premiers commentaires sont succincts sur la question et ne détaillent que légèrement les actes susceptibles de constituer des infractions graves¹. Tout comme pour l'établissement d'une responsabilité pénale individuelle internationale, l'idée était à l'origine de s'en remettre principalement aux Etats. En 2016, le développement du droit international pénal est considéré comme une preuve essentielle de l'avènement d'un régime propre aux violations graves, notamment car la liste des infractions graves des conventions a été reprise dans l'ensemble des statuts des juridictions pénales internationales². L'article 2 du Statut du TPIY donne par exemple compétence au tribunal pour « *poursuivre les personnes qui commettent ou donnent l'ordre de commettre des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949* »³ et vise les comportements sanctionnés par l'article 49, tout comme l'article 8§2b du Statut de Rome.

Par ailleurs, la notion d'infraction grave a été développée. A titre d'exemple, les commentaires révisés consacrent le principe selon lequel les auteurs présumés d'infractions graves peuvent être des chefs, responsables civils ou des subordonnés, et non uniquement les membres des forces armées⁴. De plus, les nouveaux commentaires, bien plus détaillés et enrichis des applications jurisprudentielles ultérieures, permettent de dresser une liste étayée des éléments constitutifs de ces infractions graves. En 1952, les infractions susceptibles d'être qualifiées d'infractions graves ne sont que succinctement décrites⁵. Tandis que les nouveaux commentaires détaillent, pour chaque infraction, l'élément matériel et l'élément psychologique, toujours à travers des applications jurisprudentielles. L'infraction qui consiste dans le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé⁶ est particulièrement révélatrice. Contrairement aux commentaires de 1952 et à partir de la jurisprudence du TPIY, les commentaires révisés dressent les éléments essentiels à la qualification de cette infraction⁷. La définition de « souffrance », l'un des pré-requis à l'application de cet article est également décrit en application notamment du jugement

¹ PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaires publiés sous la direction de Jean S. Pictet, op. cit.*, p. 417.

² CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, op. cit.* § 2910.

³ Article 2 du Statut du TPIY, *op. cit.*

⁴ CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, op. cit.*, §§ 2929-2930 .

⁵ PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaires publiés sous la direction de Jean S. Pictet, op. cit.*, p. 418.

⁶ Figurant à l'article 50 Convention I de Genève.

⁷ CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, op. cit.*, §2998-3004.

*Blaskic*¹, puis de la jurisprudence postérieure. Ce phénomène est notable pour toutes les infractions posées à l'article 50. Y compris au niveau des règles matérielles de droit international humanitaire, le développement du Droit international pénal a marqué un véritable tournant, toujours vérifiable dans la version révisée des commentaires.

Pour conclure, l'étude comparative des deux versions des commentaires met bien en lumière toute l'influence qu'a le droit international pénal sur l'enrichissement de définitions et infractions de DIH. Si, à l'origine, le DIH a participé à la définition des comportements qui seront punis par le droit international pénal, l'étude du renouveau des commentaires des conventions permet de mesurer combien la jurisprudence pénale internationale permet aujourd'hui de préciser l'acception de nombreux concepts de DIH, qui sont désormais bien assis, et qui ont, par la voie du droit international pénal acquis une vraie légitimité. En appliquant le droit international humanitaire, le droit international pénal a permis de donner corps à ses obligations. Les nouveaux commentaires font donc état du constat de la complémentarité du droit international humanitaire et du droit international pénal. Cette question, longtemps débattue en doctrine est désormais majoritairement reconnue². Toutefois, le processus initial par lequel les juges internationaux sont allés puiser dans le DIH afin de bâtir l'incrimination de crime de guerre tend désormais à s'inverser. En effet, le présent travail de recherche met en lumière le nouveau processus d'influence du droit international pénal sur les commentaires et donc sur une lecture actualisée des Conventions de Genève et, par extension du DIH. Ainsi, ils sont une fois de plus la preuve que le droit international est un droit vivant, en constante adaptation aux situations qu'il régit.

¹ TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, jugement, 3 mars 2000, IT-95-14-T.

² BELLIVIER (F.), EUDES (M.), FOUCHARD (I.), *Droit des crimes internationaux*, op. cit., p. 34 ; CAMERON (L.), DEMEYERE (B.), HENCKAERTS (J-M.), LA HAYE (E.), NIEBERGALL-LACKNER (H.), *Le Commentaire mis à jour de la Première Convention de Genève – un nouvel outil pour générer le respect du droit international humanitaire*, op. cit., p. 4.

**LE ROLE DE LA *SOFT LAW* DANS L'APPREHENSION DES NOUVELLES FORMES DE
CRIMINALITE AU COURS DES CONFLITS ARMES**

Elsa MARIE

Doctorante en droit public, CEDIN, Université Paris Nanterre

Résumé :

Les nouvelles formes de criminalité au sein des conflits armés mettent au défi les normes et catégories juridiques préexistantes. Face aux prétendues rigidités et carences du droit des conflits armés et des droits pénaux, un certain type de normes de *soft law* – non contraignantes et d'origine privée – se sont développées pour appréhender ces nouveaux phénomènes de criminalités. Or, l'étude de ces dispositions met en exergue l'apport limité de ces normes tant pour la qualification pénale de ces nouveaux méthodes et moyens de guerre que pour la poursuite pénale de leurs auteurs. Ce constat explique sans doute en partie leur utilisation limitée par le juge pénal et devrait conduire à renouveler la confiance accordée au droit des conflits armés et aux droit pénaux qui s'avèrent, malgré leurs lacunes, permettre de trouver l'équilibre entre l'interprétation du droit pour appréhender de nouveaux phénomènes et prévisibilité et rigidité nécessaire au respect du principe de légalité.

Abstract :

Armed conflicts-related new forms of criminality challenge the pre-existing norms and legal categories. In front of the alleged inflexibility and deficiencies of the law of armed conflicts (LOAC) and criminal laws, a special type of soft law norms – non-binding and of private origin – have emerged in order to seize these new forms of criminality. Nevertheless, the examination of those soft law norms highlights their limited contribution as much in the domain of criminal qualification of war's new means and methods as much as for perpetrators' criminal prosecutions. Thus, these norms are often ignored by the criminal judges. Therefore, the usefulness and adaptation of hard law to seize new forms of criminality should be reevaluated in the light of its double attributes: flexible enough for the criminal judge's interpretation and sufficiently rigid as required by legality principles.

Mots clés :

soft law, droit des conflits armés, droit pénal international, droit international pénal, nouvelles méthodes et moyens de guerre, nouveaux acteurs des conflits armés

« En tant que procureure en droit interne, je me demande comment et sur quel fondement je peux utiliser des normes de *soft law* évoquées pour saisir ces nouvelles formes de criminalité dans le cadre d'un procès pénal ». Cette question, posée lors de la présentation orale de cette contribution, est révélatrice des paradigmes fondamentalement différents au sein desquels évoluent pénalistes (internistes) et internationalistes (pénalistes). Sommairement, les premiers perçoivent le droit pénal à l'aune des principes séculaires de légalité des peines et des délits qui s'accrochent bien mal de la *soft law*¹, *a fortiori* celle d'origine privée dont il sera question dans la présente contribution. Les seconds ont quant à eux apprivoisé la *soft law*, qu'ils manipulent aussi souvent que les normes de droit dur et, lorsqu'ils se spécialisent en droit international pénal, sont familiers du laxisme avec lequel les principes du droit pénal ont été intégrés dans l'ordre juridique international². Évidemment les relations entre ces ordres juridiques, de même que le dialogue entre ces juristes, sont de plus en plus importants et permettent une fertilisation croisée de ces *corpus* pour, par exemple, analyser les nouvelles formes de criminalité. Dans le cadre de l'étude de ces nouvelles formes de criminalité, souvent caractérisées par leur aspect transnational, pénalistes et internationalistes sont confrontés à l'apparition ou au développement des normes de *soft law* dont le rôle serait de combler les interstices laissés par le droit dur, interne ou international ou entre ceux-ci. Schématiquement, le droit international des conflits armés serait paralysé par l'absence de consensus et de volonté des États et les droits internes confrontés à des situations internationales que leurs compétences essentiellement territoriales peinent à appréhender. *A contrario*, la *soft law*, émancipé des procédures longues et contraignantes du droit dur, fait *prima facie* office de remède miracle :

¹ Pour ne prendre que la justification la plus classique, Beccaria écrit ainsi que « [p]ersonne ne fait gratuitement le sacrifice d'une portion de sa liberté, dans la seule vue du bien public [...] chacun voudrait, s'il était possible n'être pas lié lui-même par les conventions qui obligent les autres hommes [...]. C'est donc la nécessité seule qui a contraint les hommes à céder une partie de leur liberté ; d'où il suit que chacun n'en a voulu mettre dans le dépôt commun que la plus petite portion possible, c'est-à-dire, précisément ce qu'il en fallait pour engager les autres à le maintenir dans la possession du reste [...] La première conséquence de ces principes est que les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit, et que le droit de faire des lois pénales ne peut résider que dans la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social. Or le magistrat, qui fait lui-même partie de la société, ne peut avec justice infliger à un autre membre de cette société une peine qui ne soit pas statuée par la loi » (C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, traduction par Collin de Plancy, éditions du Boucher, Paris, 2002, pp. 11-14). Or, la *soft law* étudiée dans la présente contribution est non contraignante (ce qui suppose que les acteurs visés s'y soumettent selon leur volonté), issue de personnes privées (et notamment des acteurs non étatiques qui décident eux-mêmes de s'engager) et a trait à la matière pénale (directement ou indirectement par le truchement du droit des conflits armés).

² H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *RCADI*, 1947-I, t. 70, pp. 481-581 ; D. SCALIA, « Constat sur le respect du principe *nulla poena sine lege* par les tribunaux pénaux internationaux », *Revue internationale de droit comparé*, n° 1, 2006, pp. 185-212.

célérité, transversalité ou décentralisation du droit, adaptation à des phénomènes ou situations précis et contemporains, flexibilité, souplesse, *etc.*, les qualificatifs élogieux sont pléthore.

L'analyse du rôle joué par la *soft law* permet de dépasser l'antagonisme – sans doute plus didactique que réel – entre internationalistes et pénalistes, en s'interrogeant, en amont du respect des principes du droit pénal, sur l'utilité et incidemment l'opportunité pour le juge pénal de recourir à la *soft law* pour analyser les nouvelles formes de criminalité en temps de conflit armé. Le cadre matériel du droit des conflits armés – dont la violation de certaines de ses dispositions constitue l'élément matériel des crimes de guerre en droit interne comme international – est particulièrement intéressant à deux égards. D'une part, ce *corpus* est inlassablement qualifié, si non d'obsolète, du moins de lacunaire face aux stratégies de contournement des parties aux conflits armés (*i.e.* nouvelles méthodes de guerre) et au développement de nouvelles technologies (*i.e.* nouveaux moyens de guerre). Le droit aurait donc, en la matière, toujours une guerre de retard vis-à-vis de ce qui est qualifié de « nouvelles formes de criminalité »¹. D'autre part, et en réaction à ce premier intérêt de l'analyse du droit des conflits armés, la prolifération de normes de *soft law* d'origine privée pour tenter d'appréhender ces nouvelles formes de criminalité est significative et relativement nouvelle, y compris en droit international². L'immixtion de la *soft law* présente en ce sens une réelle nouveauté dans l'appréhension juridique des stratégies de contournement ou d'innovation au sein des conflits armés. La notion de « *soft law* » – ou « droit mou », « droit doux », « droit souple », « droit tendre » – vise deux types de normes : les normes dont le contenu est souple (c'est-à-dire qu'elles visent à inciter, encourager un comportement ou un résultat, plutôt qu'à l'imposer) et les normes contenues dans un instrument non contraignant. En outre, ces deux types de normes de *soft law* peuvent être divisés, selon leur origine ou la nature de leurs auteurs, en normes de *soft law* d'origine publique ou d'origine privée³. Or, si le droit des conflits armés

¹ Ces « nouvelles formes de criminalité » renvoient essentiellement à des phénomènes en réalité anciens. Ainsi, la nouveauté tient davantage au fait qu'elles font l'objet d'un intérêt croissant : en raison de leur internationalisation, de leur multiplication sur la scène internationale ou encore d'une prise de conscience quant au besoin de leur encadrement. C'est le cas par exemple des atteintes à l'environnement, du terrorisme international ou encore de la participation d'acteurs privés économiques dans la commission de crimes, comme par exemple les sociétés militaires privées et de sécurité. Dans ce contexte, l'usage de moyens cybernétiques représente le seul phénomène réellement nouveau.

² Classiquement, le droit des conflits armés est relativement imperméable au développement de la *soft law* étudiée dans la présente contribution, à savoir non contraignante et d'origine privée. Cela est sans doute dû au fait que la conduite de « la guerre » est un thème régalien par excellence. Incidemment, les États ont œuvré pour conserver leur monopole en matière d'élaboration du droit – *i.e.* à limiter la participation d'acteurs non étatiques, à l'exception notable du Comité international de la Croix-Rouge sur lequel nous reviendrons – et à s'imposer mutuellement des normes contraignantes de sorte que le respect du droit ne porte pas préjudice aux parties belligérantes.

³ La distinction entre ce qui relève de la sphère publique et ce qui relève de la sphère privée n'est pas évidente dans une perspective internationale pénale ou pénale internationale. À des fins didactiques, l'origine publique sera

comprend de longue date des normes au contenu *soft* (d'origines privée ou publique), le développement de normes *soft* du fait de l'absence de force contraignante de l'instrument dans lequel elles sont contenues et d'origine privée¹, constituent une évolution notable de l'appréhension des nouvelles formes de criminalité. Parce que le cadre d'une telle étude ne permet pas une analyse exhaustive de ces instruments de *soft law* privés, seuls les plus emblématiques de cette évolution de l'appréhension des nouveaux phénomènes de criminalité seront étudiés. Concernant la conduite des hostilités dans ou *via* le cyberespace, le *Manuel de Tallinn*, adopté par des experts², est la référence utilisée très largement en doctrine pour analyser le droit des conflits armés à l'aune de ces nouvelles hostilités conduites dans ou *via* le cyberespace. Concernant l'encadrement des entreprises intervenant au cours d'un conflit armé, la présente contribution se concentrera sur les instruments de *soft law* en relation avec l'encadrement des sociétés militaires privées et de sécurité³, à savoir le Code de conduite des entreprises de sécurité privée (ci-après, « ICoC »⁴) et la norme ISO 18788-2015⁵. Enfin, les travaux du Comité international de la Croix-Rouge (ci-après, « CICR ») – tels que les *Commentaires des Conventions de Genève*, le *Guide du droit coutumier* ou encore le *Guide sur la notion de participation directe aux hostilités* – seront également utilisés bien qu'ils ne portent pas spécialement sur les nouvelles formes de criminalité. Cet intérêt se justifie tant par leur utilisation privilégiée par les juges pénaux nationaux et internationaux en cas de « zone grise » du droit dur, qu'en raison de leur utilité en matière d'appréhension de nouveaux phénomènes.

Plusieurs fonctions de ces instruments de *soft law* sont génériquement envisagées par la doctrine : une étape dans la transformation vers du droit dur, un instrument d'accompagnement de la mise en œuvre du droit dur (mécanismes de contrôle et aide à l'interprétation du droit dur),

retenue quand l'auteur de la norme est l'État, voire une organisation internationale (interétatique), tandis que l'origine privée sera retenue quand l'auteur de la norme est une personne privée (il s'agit généralement de personnes morales de droit interne [organisations non gouvernementales, entreprises et multinationales] dont l'activité est transnationale).

¹ Il convient donc de les distinguer des normes également contenues dans des instruments non contraignants mais adoptées par des acteurs publics (États ou organisations internationales). Ces dernières sont également présentes de longue date en droit des conflits armés. C'est le cas, par exemple, des résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies.

² Ces experts ont travaillé sous l'égide de l'OTAN, *i.e.* une organisation internationale. Cet instrument est toutefois considéré comme d'origine privée dans la mesure où ces experts ne sont pas habilités à se prononcer pour l'organisation ou, *a fortiori*, pour ses États membres.

³ Plus généralement, il pourrait être mentionné l'ensemble des codes de conduite, charte éthique, etc. adoptées par les personnes morales quant au comportement à tenir en cas d'intervention dans un contexte de conflit armé.

⁴ L'ICoC est un code à destination des sociétés militaires et de sécurité privées, lesquelles peuvent s'engager en le signant, et qui indique les bonnes pratiques pour les activités de ces entreprises. Il a été adopté le 9 novembre 2010.

⁵ Les « normes ISO » sont adoptées sous l'égide de l'organisation internationale de normalisation (organisation non gouvernementale) et permettent la certification de personnes privées (généralement des entreprises) dans des domaines divers. L'objectif étant de tendre vers une harmonisation internationale des bonnes pratiques en la matière.

système autonome de régulation des relations internationales ou encore une alternative pérenne au droit dur¹. La *soft law* peut donc être utilisée dans deux perspectives, l'une de transition vers du droit dur (interprétation, support pour les législateurs internes ou pour les États, voire développement du droit coutumier) et l'autre de complémentarité avec le droit dur, *i.e.* n'ayant pas vocation à devenir du droit dur ou à influencer sur celui-ci (développement de mécanismes d'engagement et de contrôle « *soft* » dans une optique de « bonne gouvernance », développement d'une responsabilité sociale des entreprises, voire d'autres acteurs privés des conflits armés). Ces instruments de *soft law* formulent généralement leur nature non contraignante et se présentent comme des outils d'aide à l'interprétation des dispositions du droit dur, de démarche de développement progressif du droit², ou encore d'instauration d'un système de bonne gouvernance. Ces affirmations ne peuvent toutefois se suffire à elle-même et il importe de les dépasser pour analyser – au-delà des discours sur ce droit – l'utilité et l'utilisation faite de ces instruments dans le cadre d'une procédure pénale.

Plutôt qu'une approche fondée sur les différents rôles de la *soft law*, qui ne permettrait pas de mettre en exergue les spécificités du sujet relativement à l'appréhension des nouvelles formes de criminalité, nous proposons d'analyser l'apport, et incidemment l'utilisation qui peut être faite, de ces instruments de *soft law* pour appréhender matériellement et judiciairement ces phénomènes. Ce faisant, si ces instruments sont présentés comme remédiant aux lacunes du droit dur face aux nouvelles formes de criminalité, il s'avère que leur apport pour identifier et qualifier ces nouvelles formes de criminalité est très décevant (I). En outre, bien que les nouvelles formes de criminalité représentent également un facteur perturbateur pour l'établissement de la responsabilité pénale, cet aspect procédural n'est étudié que très superficiellement par ces instruments (II).

¹ V. par ex. : J.-M. SOREL, « Rapport introductif », P. DEUMIER, J.-M. SOREL (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, coll. Contextes, Culture du droit, Paris, LGDJ/Lextenso, 2018, p. 23 ; J. CAZALA, « Le *soft law* international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 66, n°1, 2011, pp. 41-84.

² Au-delà de la perspective juridique, ces instruments peuvent être présentés comme une adhésion morale à des valeurs et un engagement éthique en faveur des droits de l'homme.

I. LE ROLE DE LA *SOFT LAW* POUR QUALIFIER LES NOUVELLES FORMES DE CRIMINALITE

Le rôle joué par les instruments de *soft law* pour identifier les nouvelles formes de criminalité en temps de conflits armés suppose de s'interroger sur leurs apports pour élaborer, adapter, interpréter ou encore préciser les éléments constitutifs des crimes prenant de nouvelles formes (A) ainsi que pour appréhender les nouveaux acteurs des conflits armés (B).

A. LE ROLE DE LA *SOFT LAW* POUR APPREHENDER LES NOUVEAUX MOYENS ET METHODES DE GUERRE

Identifier le rôle joué par les instruments de *soft law* dans l'appréhension des nouvelles formes de criminalité suppose de s'interroger sur l'apport de ceux-ci au droit des conflits armés. En d'autres termes, ces instruments *soft* permettent-ils de (mieux) qualifier ces nouveaux phénomènes ? Un premier constat est que l'essentiel de ces instruments vise à réaffirmer l'applicabilité du droit positif – droit des conflits armés et droits pénaux internes et international – aux nouveaux moyens et méthodes de guerre (1). L'apport substantiel au droit des conflits armés est en ce sens très limité et, par de nombreux aspects, ne permet pas d'appréhender les spécificités de ces nouveaux phénomènes. Un second constat est que si certaines normes ou instruments de *soft law* développent le droit des conflits armés, ces développements s'avèrent questionnables et leur utilisation par le juge pénal national peut s'inscrire dans des stratégies judiciaires d'exclusion de l'applicabilité du droit des conflits armés à ces nouveaux phénomènes (2).

1. Un apport substantiel essentiellement marginal des instruments de *soft law*

Les moyens cybernétiques de guerre constituent une illustration topique de ces nouveaux moyens de guerre qui défient l'applicabilité et l'application du droit des conflits armés et du droit pénal. Le *Manuel de Tallinn*, dans sa version de 2017, comporte 75 règles relatives à la conduite d'hostilités dans le cyberspace. Bien que l'apport quantitatif en la matière soit conséquent, l'apport qualitatif est décevant en ce que l'essentiel de ces règles reprend les dispositions du droit positif (droit dur) sans réellement en préciser le contenu à l'aune de cette nouvelle forme de criminalité cybernétique en temps de conflit armé. Ainsi, le

Manuel reprend les principes de discrimination¹ – *i.e.* l'obligation de circonscrire les attaques aux cibles constituant des objectifs militaires –, de précaution – *i.e.* l'obligation d'évaluer le risque de dommages collatéraux –, ou encore le principe de proportionnalité – *i.e.* l'obligation de mesurer le risque de dommages collatéraux à l'aune des objectifs et nécessités militaires à atteindre². Certes, les problématiques propres au cyberspace sont généralement traitées dans les commentaires de ces articles, toutefois ceux-ci se contentent souvent de souligner l'absence de consensus entre les experts sur la question. Cette prise de position des experts-rédacteurs de ce *Manuel* se comprend aisément du fait de l'approche positiviste choisie pour l'étude, il faut donc se garder de la position paradoxale qui consisterait à critiquer l'absence d'élaboration de solution normative par cet instrument de *soft law* pour ensuite critiquer le risque de l'immersion de la *soft law* dans l'encadrement juridique du droit des conflits armés. Toutefois, le rôle et l'utilité d'un tel instrument interrogent dès lors que bien qu'ayant vocation à combler les lacunes du droit dur, celui-ci se contente de rappeler son applicabilité sans trancher sur les questions juridiques posées par une telle applicabilité, ni même fournir de réponse claire en termes de mise en œuvre opérationnelle de ces dispositions. L'instrument de *soft law* se trouve *in fine* aussi lacunaire que ceux du droit dur des conflits armés³. Partant, certaines dispositions du *Manuel* qui transposent le droit dur applicable aux conflits armés conduits avec des moyens cybernétiques paraissent incomplètes, voire paradoxalement inadaptées aux spécificités de ce nouveau phénomène. Trois illustrations permettent d'appuyer ce constat.

Premièrement, l'applicabilité du droit des conflits armés est conditionnée à l'existence d'un conflit armé international (ci-après, « CAI ») ou non international (ci-après, « CANI »), notions vaguement définies dans le droit conventionnel. Les auteurs du *Manuel* reprennent, à la règle 83, la définition coutumière posée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après, « TPIY ») dans l'affaire *Tadić*⁴. S'agissant de l'identification d'un conflit armé non international, le *Manuel* mentionne ainsi ladite définition comprenant deux critères à savoir la participation d'au moins un groupe armé organisé et l'atteinte d'une certaine intensité de violence. Dans le cadre du cyberspace, l'identification de ces critères pose toutefois un certain nombre de difficultés auxquelles les auteurs ne parviennent pas à répondre :

¹ V. par ex. les règles 93, 94, 99, 100, 101, 102, 105, 111 et 112 du *Manuel de Tallin*, 2nd édition, 2017.

² V. par ex. les règles 104, 113, 114 à 121 du *Manuel de Tallin*, 2nd édition, 2017.

³ Dans une perspective autre, cela permet sans doute de souligner l'incroyable adaptabilité du droit des conflits armés qui, même s'il ne parvient pas à encadrer suffisamment précisément l'ensemble des nouveaux moyens et méthodes de conflits armés, donne au juge amené à interpréter ses dispositions une marge de manœuvre pour les appréhender. Cela est particulièrement le cas en ce qui concerne les principes du droit des conflits armés susmentionnés.

⁴ TPIY, *Le Procureur c. Tadić*, Ch. d'appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, IT-94-1-A, § 70.

l'organisation en réseau, plutôt que hiérarchique, peut-elle permettre d'atteindre le degré d'organisation requis (ex. cyberterrorisme ou cyberactivistes de façon plus générique – ou une attaque menée par une « communauté d'intérêt » dont la coordination relative peut rassembler des membres très hétéroclites pour une unique opération) ? Une cyberattaque ne produisant aucune destruction dans le monde physique peut-elle atteindre le seul d'intensité requis (ex. coupure d'électricité¹, médias, d'eau, réseaux internet ou téléphonique, ou encore accès aux satellites) ? Ou enfin, une question aussi élémentaire que fondamentale : qui est à l'origine de la cyberattaque ? Ces interrogations, qui peuvent paraître théoriques, sont déterminantes pour la mise en œuvre du droit des conflits armés pour plusieurs raisons : l'essentiel des conflits armés contemporains sont non internationaux ; les moyens cybernétiques sont très accessibles (tant financièrement que techniquement) pour les groupes non étatiques² ; enfin, ces moyens cybernétiques permettent de mener des opérations sans l'appui humain et logistique des armées étatiques traditionnelles (ils constituent en ce sens un avantage stratégique et militaire considérable pour des groupes non étatiques dont deux des caractéristiques contemporaines sont la capacité à agir de façon transnationale et une relative clandestinité).

Une deuxième illustration des lacunes de la « simple » transposition des dispositions du droit positif se trouve aux règles 100 et 101 du *Manuel* qui définissent les objectifs militaires et prévoient la perte de statut de bien à caractère civil en cas de double usage. Le droit des conflits armés prévoit que les biens à caractère civil, s'ils sont utilisés à des fins militaires, perdent la protection dont ils jouissent en droit des conflits armés, ceux-ci peuvent donc faire l'objet d'attaque³. Il est évident, aux fins d'appliquer le droit des conflits armés, qu'un même bien ne peut pas être qualifié simultanément de bien à caractère civil et à caractère militaire. Dès lors, une route terrestre peut être qualifiée d'objectif militaire et détruite si elle sert tant aux civils qu'aux militaires⁴. Avec les règles 100 et 101, les auteurs du *Manuel* assimilent les réseaux informatiques aux routes terrestres. L'analogie pose toutefois plus de difficultés que les auteurs ne l'envisagent en ce que les « routes cybernétiques » ne répondent pas aux mêmes

¹ Cette question est d'actualité comme le montrent les accusations récentes de cyberattaques du Président vénézuélien Nicolas Maduro à l'encontre des États-Unis (déclaration du 9 mars 2019). Toujours récemment, le gouvernement israélien a affirmé avoir bombardé le territoire de Gaza en réaction à une cyberattaque menée par le Hamas depuis ce territoire (déclaration du 4 mai 2019). Bien que s'inscrivant dans un contexte de conflit armé international, ces actualités mettent en exergue un usage croissant des moyens cybernétiques, ainsi que la difficulté d'évaluation du degré de violence qu'une cyberattaque peut entraîner.

² V. les déclarations de cyberattaques conduites par le Hamas contre l'État d'Israël mentionnées *supra*.

³ V. l'article 52 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949, adopté en 1977.

⁴ Notons qu'il s'agit là d'une règle générale à laquelle il peut être fait exception, par exemple si la destruction de la route conduit à créer une famine dans la population civile, *i.e.* si seule source s'approvisionnement en nourriture pour une partie de la population civile (v. par ex. l'article 54, 3, b) du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949, adopté en 1977).

caractéristiques physiques : sur quel territoire se situera ou aura un impact l'attaque qui vise une route cybernétique ? Est-il seulement possible de géographiquement circonscrire la « route cybernétique » visée ? De la même manière, l'identification des auteurs ou encore de l'utilisation faite du réseau (civile ou militaire) ne peut pas être démontrée de façon aussi certaine que dans le monde physique. *In fine*, cette application par analogie du droit des conflits armés au cyberspace risquerait de générer une propagation dans l'espace et une escalade du conflit armé initial. Ainsi, si l'analogie semble *prima facie* logique, sa mise en œuvre risquerait d'encourager les comportements manifestement contraires à la philosophie même du droit des conflits armés qui vise à restreindre les maux de la guerre plutôt qu'à les amplifier. Il apparaît dès lors nécessaire d'élaborer de nouvelles dispositions propres aux routes cybernétiques.

Enfin, une dernière illustration permet de mettre en exergue le caractère évolutif de ces instruments de *soft law*. Le *Manuel de Tallinn*, dans sa première version de 2012, reprenait l'article 4, A, 2) de la troisième Convention de Genève qui pose quatre critères pour identifier les combattants qui n'appartiennent pas aux forces armées d'un État mais qui participent à un conflit armé international. Ces critères sont les suivants : 1) être sous le commandement d'une personne responsable ; 2) porter un signe distinctif reconnaissable à distance ; 3) porter les armes ouvertement ; 4) conduire des opérations conformément au droit des conflits armés. Leur applicabilité aux « cybercombattants » pose un certain nombre de difficultés, par ailleurs similaires à l'utilisation d'autres technologies comme les drones armés : qu'est-ce qu'un signe distinctif dans le cyberspace ? Qu'est-ce que porter ouvertement les armes ? Comment évaluer la capacité de ces « cybercombattants » à respecter le droit des conflits armés alors même que les règles de ce *corpus* paraissent partiellement inadaptées au cyberspace ? En 2012, les auteurs du *Manuel*, tout en réaffirmant l'applicabilité de cette règle considérée par d'aucuns comme obsolète, se sont abstenus de trancher ces questions. Dans la seconde version du *Manuel* de 2017, les auteurs sont revenus sur cette règle pour n'identifier que les acteurs non étatiques sous le « contrôle global » d'un État¹. Ce faisant, ils ont – à raison selon nous – écarté l'applicabilité de l'article 4, A, 2) de la troisième Convention de Genève pour s'aligner sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en la matière². Cette évolution rapide de la

¹ Il est en outre intégré les cas d'« internationalisation » du conflit armé prévus à l'article premier, paragraphe 4, du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 (conflits armés impliquant une partie non étatique luttant contre un État colonial, une puissance occupante ou un régime d'apartheid).

² Cette alternative n'est toutefois pas sans poser problème dans une perspective pénale. En effet, si la Cour internationale de Justice retient le critère du « contrôle global » de l'État sur les opérations menées par les acteurs privés pour qualifier le conflit armé d'international, les juridictions pénales internes comme internationales retiennent le critère moins exigeant du « contrôle effectif » sur le groupe armé non étatique (CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, 26 février 2007, *CIJ Recueil 2007*, p. 208, § 400 ; TPIY, *Le Procureur c. Tadić*, Ch.

disposition met en exergue la capacité de la *soft law* à s'adapter aux circonstances et à prendre en compte les critiques émises, notamment par la doctrine. Cette évolution ne constitue pas une nouvelle norme, en ce qu'elle s'appuie sur du droit dur, conventionnel ou coutumier. Elle s'inscrit dans la tendance générale des instruments de *soft law* qui visent à reprendre les dispositions de droit dur applicables sans développer ou adapter celles-ci à l'aune des spécificités des nouveaux moyens et méthodes de guerre tels que le cybernétique. Un exemple édifiant de cette tendance concernant l'encadrement des sociétés militaires privées est l'ICoC dont les dispositions se contentent d'indiquer que les signataires du code s'engagent à respecter le droit des conflits armés applicable. Au-delà de l'écrasante majorité de ces dispositions de *soft law* dont la portée normative est moindre et qui ne présentent incidemment qu'un intérêt limité pour le juge pénal en matière d'identification des nouvelles formes de criminalité, certaines constituent de réels développements normatifs du droit des conflits armés.

2. Un développement normatif contestable ou source d'instrumentalisation par le juge pénal national

Par exception, certaines dispositions constituent des développements du droit des conflits armés, bien qu'ils puissent faire l'objet de critiques. Cet aspect est inhérent à tout développement progressif du droit pour l'adapter aux réalités contemporaines¹.

Tel est le cas, par exemple, de la prise en compte de considérations environnementales au sein du droit des conflits armés. La règle 143, a), du *Manuel de Tallinn* prohibe le fait de conduire une cyberattaque contre, ou portant atteinte, à l'environnement naturel qualifié de « bien à caractère civil », et cela tant au sein des CAI que des CANI. En se fondant sur des manuels militaires nationaux et sur le *Guide du droit coutumier du CICR*, les auteurs du *Manuel* développent le droit positif non seulement en qualifiant l'environnement de bien à caractère

app., arrêt, 15 juillet 1999, IT-94-1-A, pp. 42-64, §§ 137-144 ; CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, Ch. de première instance II, jugement, ICC-01/04-01/07, 7 mars 2014, § 1178). Toutefois cette divergence de jurisprudence ne sera pas davantage étudiée dans la mesure où, si elle pose effectivement des difficultés de rapport de système, aucune spécificité relative aux moyens cybernétiques ne nous paraît en découler.

¹ Ceux-ci étant, par définition, en cours d'élaboration, il n'est guère étonnant qu'ils fassent l'objet de remise en question et de débats doctrinaux.

civil¹, et donc bénéficiant d'une protection spéciale dans le cadre du droit des conflits armés, mais aussi en admettant une applicabilité de cette règle étendue aux CANI².

Un second exemple peut être trouvé dans la norme ISO n°18788 de 2015 qui, bien que certifiant des bonnes pratiques des sociétés militaires privées et de sécurité en matière de droit des conflits armés, demeure très imprécise sur le contenu de ce *corpus* et sur ses spécificités à l'aune des activités de ces sociétés, à l'exception – notable et loin d'être anodine³ – du statut des personnels de société militaire privée et de leur droit à la légitime défense. Sur le fondement du *Document de Montreux*⁴, la norme ISO n°18788 indique que ces personnels bénéficient du statut de civil, ce qui est déjà contestable⁵, et développe manifestement le droit des conflits armés en créant un « droit de légitime défense » de ces civils/personnels⁶. Semblant s'inspirer de la notion (non définie en droit des conflits armés⁷) de « participation directe aux hostilités »

¹ Cette position strictement anthropocentrique d'une protection de l'environnement nous semble discutable à l'aune de l'évolution du droit international de l'environnement qui tend à la prise en compte d'une certaine subjectivité de l'environnement (v. S. GUTWIRTH, « Trente ans de théorie du droit de l'environnement : concepts et opinions », *Environnement et Société*, n° 26, 2001, pp. 5-17). Dans le même sens, si la protection de l'environnement en temps de CAI fait bien l'objet de dispositions conventionnelles, celles-ci ont évolué depuis les années 1990 pour accorder à l'environnement une protection alternative à celle des biens civils (comparer en ce sens, les articles 31 et 55 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 adopté en 1977, et l'article 8, b), iv) du Statut de Rome ainsi que les dispositions provisoirement adoptées par la Commission du droit international (Commission du droit international, *Report of the International Law Commission – sixty-eighth session*, A/71/10, 2016, pp. 306 et s.). Très concrètement, cette protection alternative et distincte de celle des biens civils permet de prendre en compte les spécificités des dommages environnementaux qui peuvent être différés dans le temps ou irrémédiables sans qu'il ne soit nécessaire de rattacher ces dommages à ceux des populations civiles (dommages pour les activités agricoles ou pour la santé « immédiate » de ceux-ci).

² Cette position est aussi celle de la Commission du droit international (Commission du droit international, *Report of the International Law Commission – sixty-eighth session*, A/71/10, 2016, pp. 306 et s.). Notons *a contrario* que le Statut de la Cour pénale internationale, largement considéré comme reflétant le droit coutumier, ne comporte aucune disposition relative à l'environnement applicable en temps de CANI.

³ Sans doute est-il utile de préciser que les certifications (de même que la simple consultation de ces normes !) ISO sont payantes, l'organisme de standardisation est donc rémunéré par les entités cherchant à obtenir la certification, en l'occurrence les sociétés militaires privées et de sécurité.

⁴ Le Document de Montreux est un autre instrument de *soft law* qui vise à définir les bonnes pratiques pour les États en matière de recrutement de sociétés militaires privées et de sécurité. Ce document intergouvernemental faisant l'objet d'approbation de la part des États sera considéré pour la présente étude comme un instrument non contraignant mais d'origine publique et incidemment exclu de l'analyse.

⁵ Les auteurs se fondent sur une approche restreinte des missions de sécurité de ces sociétés, qui peut malgré tout s'avérer confuse, voire erronée, à l'aune du droit des conflits armés, tout particulièrement s'agissant des membres associés aux forces armées ou aux activités dans les camps militaires. Une approche casuistique, à l'aune des activités et fonctions de ces personnels est donc nécessaire pour déterminer leur statut.

⁶ Le droit des conflits armés ne comporte nullement le concept de « légitime défense », cela notamment en raison de la grande hétérogénéité des droits internes en la matière (pour une présentation des enjeux soulevés en droit comparé par la notion de légitime défense, v. R. LEGEAIS, « Légitime défense et protection des biens : Aperçus de droit comparé », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, Sirey, n°2, 1980, pp. 325-336. Il peut, en ce sens, également être intéressant de comparer les articles 462-9 et 122-5 du Code pénal français ainsi que l'article 31, 1), c), du Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale, adopté en 1998). La reconnaissance et la définition d'un « droit de légitime défense » relèvent ainsi des droits internes et, en temps de conflit armé, des « règles d'engagement » de la force.

⁷ Cette notion fait toutefois l'objet d'un *Guide sur la notion de « participation directe aux hostilités »* adopté sous l'égide du CICR. Ce guide évoque la légitime défense dans le cadre de l'un des critères d'identification d'une participation directe aux hostilités, à savoir le lien de belligérance. Toutefois, ses auteurs précisent des conditions

et du motif d'exonération de la responsabilité pénale de légitime défense tel que défini par le Statut de Rome¹, la norme ISO dispose que l'exercice de la légitime défense de soi-même ou d'autrui « est un droit intrinsèque »² et n'implique pas la perte du statut de civil ; dans le même sens, les rédacteurs de la norme ISO affirment que « l'usage de la force des personnels d'opérations de sécurité en vue de résister à des attaques illégales n'entraîne pas la perte du statut protégé de civil » à moins que cela ne constitue une participation directe aux hostilités³. Outre le caractère profondément ambigu de ces indications, les rédacteurs identifient donc un « droit de légitime défense » des civils/personnels de ces sociétés qui n'existe pas en tant que tel en droit international des conflits armés⁴. Dès lors, si dans une perspective doctrinale ces instruments de *soft law* sont systématiquement évoqués pour analyser les nouveaux phénomènes de criminalité, il n'est guère étonnant que le juge pénal se garde d'y faire référence tant ces développements sont encore incertains et ne sauraient constituer autre chose que des documents de travail à disposition des législateurs internes et internationaux.

Il faut en ce sens les distinguer des instruments de *soft law* produits par le CICR tant en raison de l'autorité de cette organisation non gouvernementale en matière de droit des conflits armés⁵, que de l'apport substantiel de ces instruments, qualitativement et quantitativement, à ce *corpus*. Pour ces raisons, les instruments « *soft* » du CICR sont largement utilisés devant les

de proportionnalité et de nécessité qui ne sont pas reprises textuellement dans la norme ISO. Notons que, comme le relève Isabelle Fouchard, il est particulièrement marquant de constater que les instruments de *soft law* font systématiquement référence aux autres textes de *soft law* adoptés, ces « convergences pouv[ant] donner lieu à phénomène de consolidation des normes de *soft law* par des références croisées » (I. FOUCHARD, « La souveraineté étatique à l'épreuve de l'autorégulation : le cas des entreprises militaires et de sécurité privées », K. MARTIN-CHENUT, R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit – Perspectives interne et internationale*, Paris, Pedone, p. 241).

¹ Notons qu'il importe pourtant de ne pas confondre les règles primaires du droit des conflits armés – dont la violation peut constituer un crime de guerre – de celles, secondaires, de la responsabilité pénale des individus – comprenant des motifs d'exonération.

² ISO, Norme 18788-2015, Point A.2.3., 2015, p. 50.

³ *Ibid.*

⁴ Notons que si des éléments d'identification proches, bien que nettement plus rigoureux juridiquement, ont pu être utilisés par le CICR dans son *Guide sur la notion de participation directe aux hostilités*, il est très clair à la fois dans ce guide et dans le droit conventionnel et coutumier, que les statuts de combattant/civil sont indépendants du critère de la licéité du comportement de l'acteur (notons que l'utilisation de la force n'est pas *per se* un comportement illicite en droit des conflits armés). Un tel critère générique de la licéité du comportement pour l'octroi des statuts du droit des conflits armés ouvrirait incontestablement la voie à des interprétations divergentes et une instrumentalisation du droit entre les parties, lesquelles auraient pour conséquence d'affaiblir la protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé.

⁵ Les conventions en la matière consacrent en effet le rôle particulier du CICR tant sur le terrain des conflits armés (v. par ex. le Protocole additionnel III aux Conventions de Genève de 1949, adopté en 2005), qu'en amont, *via* l'élaboration des projets de conventions discutés ensuite dans les Conférences diplomatiques (cela a notamment été le cas pour les Conventions de Genève de 1949).

juridictions pénales internes¹ et internationales², une partie de la doctrine les classant même comme une source « autonome »³ du droit des conflits armés⁴. Ainsi, et contrairement aux autres instruments de *soft law* évoqués, ces travaux vont être expressément utilisés⁵ par les juridictions pénales pour interpréter le droit applicable aux conflits armés⁶ ou, et cela est révélateur du durcissement de certaines dispositions de *soft law*, pour justifier l'existence d'une norme coutumière⁷.

En ce qui a trait aux nouveaux phénomènes de criminalité, l'utilisation par le juge pénal des instruments de *soft law* dotés d'une relative autorité, comme ceux du CICR, a également

¹ Cette utilisation par les juridictions internes demeure hétérogène selon la perméabilité de l'ordre juridique à la *soft law*, v. *infra*. Pour une utilisation des *Commentaires des Conventions de Genève de 1949*, v. par ex. : Tribunal pénal fédéral, Suisse, *Khaled Nezzar alias A c. Ministère Public de la Confédération, B. et C.*, décision du 25 juillet 2012, BB/2011.140, p. 16, § 3.5. Pour une utilisation du *Guide sur le droit coutumier*, v. par ex. : Cour d'appel, Royaume-Uni, *Mohammed Serdar et autres c. Secrétaire d'État à la défense britannique*, décision du 30 juillet 2015, Case n° A2/2014/1862, A2/2014/4084, A2/2014/4086.

² Pour une utilisation des *Commentaires des Conventions de Genève de 1949*, v. par ex. : TSSL, *Le Procureur c. Fofana*, Ch. d'appel, Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction Materiae : Nature of the Armed Conflict, 25 mai 2004, SCSL-2004-14-AR72(E), § 21 ; TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadić alias "Dule"*, Ch. de première instance, jugement, 7 mai 1997, IT-94-1-T, p. 218 ; TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić (alias "Pavo"), Hazim Delić et Esad Landzo (alias "zenga") (Affaire Čelebići)*, Ch. d'appel, arrêt, 20 février 2001, IT-96-21-A, § 145 ; TPIY, *Le Procureur c. Delalic et al.*, ch. d'appel, arrêt, 20 février 2011, IT-96-21-A, §§147-150 ; CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, Ch. préliminaire I, décision relative à la confirmation des charges, 16 décembre 2011, ICC-01/04-01/10, § 100.

³ C'est-à-dire qu'il s'agit d'une source qui ne peut être classée parmi les sources « classiques » du droit international, telles qu'énumérées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

⁴ SASSÖLI M., *International Humanitarian Law. Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Cheltenham (Royaume-Uni), Elgar, 2019, pp. 55-61.

⁵ Notons que ces juridictions sont divisées sur la force normative à accorder à ces commentaires du CICR. Ainsi, si une chambre d'appel du TPIY note que « [l]e Commentaire du CICR, qui fait autorité, n'apporte guère d'éclaircissements. Il reste également assez vague » (nous soulignons) (TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, Ch. app., arrêt, 15 juillet 1999, IT-94-1-A, § 93), la chambre de première instance a pu indiquer que « les Commentaires du CICR sont seulement, comme leur nom l'indique, des commentaires, dépourvus de force obligatoire » (TPIY, *Le Procureur c. Milošević*, ch. de première instance, décision relative à la demande d'acquiescement, 16 juin 2004, IT-02-54-T, §19).

⁶ Notamment pour identifier l'intention des rédacteurs – travail laborieux en droit international. Notons que ces commentaires peuvent malgré tout avoir tendance à adopter une position plus « humanitaire » que celle des États. On peut en ce sens regretter que le juge pénal n'opère pas un travail plus rigoureux d'interprétation ou d'identification d'une norme coutumière que la seule référence aux travaux du CICR. Notons d'ailleurs que certains éléments de ces travaux ont pu être contestés par les États (v. la réponse des États-Unis s'agissant le Guide du droit coutumier, disponible sur : <https://www.icrc.org/en/international-review/article/us-government-response-international-committee-red-cross-study>), *a contrario* il est manifeste que certaines positions « humanitaristes » du CICR, qui ont pu être en outre appuyées par des juridictions internationales, ne sont aujourd'hui plus contestées. L'activisme du CICR et de ces juridictions a ainsi pu inciter les États à reconnaître ces interprétations extensives comme le reflet du droit positif coutumier.

⁷ Notamment pour identifier l'intention des rédacteurs – travail laborieux en droit international. Notons que ces commentaires peuvent malgré tout avoir tendance à adopter une position plus « humanitaire » que celle des États, on peut en ce sens regretter que le juge pénal n'opère pas un travail plus rigoureux d'interprétation ou d'identification d'une norme coutumière que la seule référence aux travaux du CICR. Notons d'ailleurs que certains éléments de ces travaux ont pu être contestés par les États (v. la réponse des États-Unis s'agissant le Guide du droit coutumier, disponible sur : <https://www.icrc.org/en/international-review/article/us-government-response-international-committee-red-cross-study>), *a contrario* il est manifeste que certaines positions « humanitaristes » du CICR, qui ont pu être en outre appuyées par des juridictions internationales, ne sont aujourd'hui plus contestées. L'activisme du CICR et de ces juridictions a ainsi pu inciter les États à reconnaître ces interprétations extensives comme le reflet du droit positif coutumier.

pu servir d'appui à des stratégies judiciaires discutables à l'aune du droit des conflits armés. Il est ainsi notable qu'outre l'usage « classique » de ces travaux, ceux-ci puissent également faire l'objet d'une instrumentalisation par le juge pénal afin d'écarter l'applicabilité du droit des conflits armés ou restreindre les droits octroyés aux civils. Deux décisions illustrent particulièrement cette tendance et ce risque d'instrumentalisation des instruments de *soft law*.

La première est une décision de la Cour suprême israélienne concernant la « Grande marche du retour »¹, c'est-à-dire des manifestations de Palestiniens depuis les territoires de Gaza et de Cisjordanie en direction des territoires occupés par l'État d'Israël². Dans cette affaire, l'État d'Israël utilise plusieurs textes de *soft law*, dont le *Guide sur la participation directe aux hostilités* du CICR, pour justifier la perte de protection des civils participant à la manifestation de la « Grande marche du retour »³. L'argument est que dès lors que les manifestants savent que se cachent parmi eux des terroristes⁴ cherchant à nuire à la sécurité de l'État israélien, de sa population et à s'introduire sur ledit territoire, ceux-ci décident de faire office de « bouclier humain »⁵ et de constituer un leurre pour les militaires israéliens. Ceux-ci décideraient donc de participer activement aux hostilités et perdraient incidemment la protection due aux civils conformément au droit des conflits armés. Or, si cette décision opère ainsi une interprétation très extensive des trois critères cumulatifs identifiés par le CICR pour justifier la perte de la protection du statut de civil en raison d'une participation directe aux

¹ Israël, Cour suprême israélienne (en formation de Haute Cour de justice), *ONGs c. le Gouvernement israélien (IDF)*, décision du 24 mai 2018, §§ 39-53, la décision est disponible [en ligne](#) (en hébreu).

² Manifestations organisées chaque semaine depuis le 30 mars 2018 par des Palestiniens (d'après les affirmations du gouvernement israélien, ces marches sont entièrement organisées par le Hamas, classé groupe terroriste) afin de s'opposer à la colonisation des territoires palestiniens par l'État d'Israël ou ses ressortissants.

³ Israël, Cour suprême israélienne, *ONGs c. le Gouvernement israélien (IDF)*, *op. cit.*, § 47.

⁴ La notion de groupe terroriste est évidemment sujette à discussion. Tout au plus convient-il de souligner que ce groupe a notamment revendiqué des attaques qui seraient qualifiées, en droit des conflits armés, de terroristes. En l'occurrence, le gouvernement israélien dénonce la possession par certains manifestants de cocktails Molotov, des cerfs-volants explosifs, de pneu en feu et de lance-pierres, il convient de souligner que l'utilisation de ces « armes » ne permettrait sans doute pas de retenir la qualification d'acte terroriste (effets paraissent très peu létaux).

⁵ Israël, Cour suprême israélienne, *ONGs c. le Gouvernement israélien (IDF)*, *op. cit.*, v. spec. §§ 40-45 (notre traduction).

hostilités¹, il paraît manifeste que l'argument est accueilli par la Cour suprême en raison du contexte politique et géopolitique².

La seconde décision porte également sur la relation floue qu'entretient le droit des conflits armés avec les droits pénaux internes relatifs au terrorisme. Il s'agit d'une décision du tribunal de 1^{ère} instance francophone de Bruxelles³ portant sur les combattants étrangers (en l'occurrence belges) partis combattre en Syrie et en Irak avec Daech. Pour déterminer le droit applicable, le tribunal va rechercher l'existence d'un conflit armé impliquant ces combattants étrangers en tant que tels et dissociés des combattants de Daech⁴. Pour ce faire, le tribunal reprend les deux critères coutumiers du CANI susmentionnés et ajoute, en s'appuyant notamment sur les commentaires du CICR⁵, un critère de publicité du groupe et de ses membres. Ainsi, les groupes terroristes – dans cette affaire des combattants étrangers intégrés au sein de Daech –, fonctionnant en grande partie sur l'anonymat et une organisation « souterraine », ne peuvent être qualifiés de groupes armés organisés, il faudrait donc leur appliquer non pas le droit des conflits armés mais le droit interne, en l'occurrence belge, relatif au terrorisme⁶. Cette position est manifestement contraire au droit des conflits armés. Le TPIY a ainsi eu l'occasion de se pencher sur des affaires où le groupe armé organisé procédait de la même façon clandestine sans que l'applicabilité du droit des conflits armés n'ait été remise en

¹ Notons que ce point a été discuté entre les juges de la Cour suprême. Lesdits trois critères sont les suivants : « 1. L'acte doit être susceptible de nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie à un conflit armé, ou alors l'acte doit être de nature à causer des pertes en vies humaines, des blessures et des destructions à des personnes ou à des biens protégés contre les attaques directes (seuil de nuisance), et 2. il doit exister une relation directe de causalité entre l'acte et les effets nuisibles [...] (causation directe), et 3. l'acte doit être spécifiquement destiné à causer directement des effets nuisibles atteignant le seuil requis, à l'avantage d'une partie au conflit et au détriment d'une autre (lien de belligérance) » (MELZER N., CICR, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, 1^{ère} partie, point V).

² Nous pensons notamment au fort sentiment d'insécurité répandu parmi la population israélienne, aux déclarations du Hamas et la pratique politique et judiciaire importante consistant à criminaliser l'ensemble des actes de belligérance conduits par les groupes armés palestiniens qualifiés de terroristes.

³ Belgique, tribunal de 1^{ère} instance francophone de Bruxelles, *Le Procureur fédéral c. B. H., C.-K. H., A. A., H. A. Y., A. K., L. S.*, 6 novembre 2015, FD.35.98.212/11.

⁴ Cette démarche consistant à isoler les unités de « combattants étrangers » du reste des combattants de Daech nous semble d'ores et déjà audacieuse. En d'autres termes, le tribunal décide de rechercher l'existence d'un conflit armé entre, d'un côté, les autorités gouvernementales et les groupes armés organisés opposés à Daech et, de l'autre, l'éventuel groupe armé organisé constitué des seuls combattants étrangers à l'exclusion du reste du groupe armé organisé que constitue indéniablement Daech. La décision apporte peu de justifications en la matière, mais il semble que ce choix soit fondé sur les déclarations des accusés quant à la relative indépendance de leur groupe (Belgique, tribunal de 1^{ère} instance francophone de Bruxelles, *Le Procureur fédéral c. B. H., C.-K. H., A. A., H. A. Y., A. K., L. S.*, *op. cit.*, pp. 13-14).

⁵ Le tribunal utilise aussi la doctrine pour appuyer cet argument, v. Belgique, tribunal de 1^{ère} instance francophone de Bruxelles, *Le Procureur fédéral c. B. H., C.-K. H., A. A., H. A. Y., A. K., L. S.*, 6 novembre 2015, *op. cit.*, pp. 10-12.

⁶ Le tribunal précise en ce sens que les critères énoncés « permettent de distinguer un 'groupe terroriste' d'un 'groupe armé organisé' » (Belgique, tribunal de 1^{ère} instance francophone de Bruxelles, *Le Procureur fédéral c. B. H., C.-K. H., A. A., H. A. Y., A. K., L. S.*, *op. cit.*, p. 12).

question¹. En outre, le terrorisme, comme méthode de guerre, est d'ores et déjà appréhendé par le droit des conflits armés². Cette disposition n'aurait aucun sens si la clandestinité inhérente aux groupes terroristes conduisait à écarter l'applicabilité du droit des conflits armés³.

L'utilisation de la *soft law* par le juge pénal national ou international est donc très hétérogène. Ainsi, outre les questions relatives à la perméabilité de ces ordres juridiques vis-à-vis de la *soft law*⁴, trois facteurs explicatifs peuvent être avancés. Le premier est l'apport de ces instruments pour le juge pénal, lequel s'avère souvent limité. Le deuxième est celui de l'autorité des auteurs de l'instrument de *soft law*. Enfin, le troisième est l'intérêt circonstancié du juge, en d'autres termes, le choix interprétatif opéré par le juge pour parvenir à un résultat déterminé. Au-delà de l'apport substantiel de ces instruments, il importe de souligner qu'ils présentent l'intérêt d'impliquer les acteurs non étatiques participant aux conflits armés au processus normatif. Plus encore, ceux-ci en s'engageant (y compris de façon non contraignante) à respecter ces *corpus* interpellent sur la capacité de ces instruments de *soft law* à permettre une meilleure appréhension des nouveaux acteurs des conflits armés.

B. LE ROLE DE LA *SOFT LAW* POUR APPREHENDER LES NOUVEAUX ACTEURS DES CONFLITS ARMES

L'enseignement à tirer de l'étude des nombreux instruments de *soft law* visant à appréhender les nouvelles formes de criminalité révèle qu'il s'agit essentiellement de démarches visant à affirmer que ces nouveaux acteurs intervenant au cours des conflits armés sont liés par le droit positif. En d'autres mots, si ces instruments ne permettent que marginalement d'appréhender les nouveaux moyens et méthodes de guerre, leur intérêt peut résider dans l'affirmation de l'opposabilité du droit des conflits armés, voire des droits pénaux nationaux et internationaux, aux nouveaux acteurs des conflits armés. Ainsi, le *Manuel de Tallinn* affirme que le droit des conflits armés est applicable aux cyberopérations et que celui-ci est opposable aux « cybercombattants ». L'*ICoC* permet aux sociétés militaires privées de

¹ TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boskoski et Johan Tarculovski*, Ch. de première instance II, jugement, 10 juillet 2008, IT-04-82-T, §§ 175-292.

² V. par ex. l'article 33 de la quatrième Convention de Genève relative au traitement des personnes civiles en temps de guerre, adoptée le 12 août 1949.

³ Notons, dans une perspective plus historique du droit des conflits armés, que le critère de l'« identificabilité » du groupe armé et de sa hiérarchie aurait rendu impossible toute qualification de conflit armé pour les mouvements de libération nationale, conflits qui ont non seulement été reconnus par la communauté internationale mais qui ont également été internationalisés avec le Protocole II aux Conventions de Genève de 1977.

⁴ L. d'AMBROSIO, J. TRICOT, « Panorama des outils juridiques mobilisés ou mobilisables par ou pour la RSE en droit pénal », K. MARTIN-CHENUT, R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit*, op. cit., pp. 111-129.

s'engager à respecter le droit positif applicable et notamment le droit des conflits armés et les droits pénaux. La norme ISO n°18788 permet aux entreprises d'obtenir une certification de leurs bonnes pratiques en matière de respect du droit des conflits armés, impliquant une reconnaissance de l'opposabilité de ce *corpus* à leurs personnels et activités.

Une telle démarche est-elle toutefois nécessaire ? La question se pose en des termes très différents selon l'ordre juridique concerné. Alors que les ordres juridiques internes sont centralisés et qu'il appartient à un organe législatif de déterminer la loi applicable à tous, l'ordre juridique international est décentralisé et la création ainsi que l'opposabilité du droit repose sur la volonté de ses sujets, c'est-à-dire, dans une perspective volontariste, des États souverains. On comprend alors aisément que, dans les ordres juridiques internes, l'opposabilité des droits et obligations en matière de conflits armés (conduite ou de responsabilité pénale) sont déterminés par la loi et ne saurait dépendre de l'engagement volontaire de ces acteurs ou d'instruments adoptés par des groupes d'experts. Ces instruments de *soft law* ne présentent ainsi aucun intérêt en matière d'applicabilité ou d'opposabilité de ces *corpus*¹, la volonté des sujets du droit d'être liés étant indifférente. Dans l'ordre juridique international, la réponse est bien moins tranchée. En ce qui concerne le droit des conflits armés², si l'essentiel de la doctrine s'entend sur le fait que les acteurs privés des conflits armés sont liés par ce *corpus*, la source de cette opposabilité est discutée. À des fins didactiques, le débat doctrinal peut être présenté en deux positions : alors que certains estiment que le droit international crée directement des droits et obligations à leur égard, d'autres estiment que ce n'est qu'en tant que sujets d'États ayant consenti à ces droits et obligations que ces acteurs seraient liés³. Quoi qu'il en soit, dès lors que l'opposabilité du droit des conflits armés n'est pas discutée, l'intérêt de ces instruments de *soft law* s'avère limité. Enfin, s'agissant du droit international pénal, le principe de la responsabilité

¹ Il convient sans doute de nuancer cette affirmation en soulignant que de tels instruments peuvent contribuer, dans les ordres juridiques internes, à orienter les travaux législatifs, v. *supra* l'exemple de la France.

² Notons qu'en la matière l'engagement d'acteurs non étatiques n'a rien d'inédit, celui-ci étant même envisagé dans les Conventions de Genève (v. par ex. l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949). Dès les années 50, la pratique montre que les groupes armés organisés se sont engagés unilatéralement à respecter les règles du droit des conflits armés. Face à un droit des conflits armés encore essentiellement interétatique, de nombreux groupes armés organisés se sont emparés de ce moyen pour affirmer la légitimité de leurs guerres, notamment dans le cadre des « guerres de libération nationale ». Ces engagements unilatéraux ne sont pas appréhendés par le droit dur et constituent encore aujourd'hui des instruments de *soft law* tenant à la reconnaissance de l'applicabilité de certaines dispositions du droit des conflits armés et de leur opposabilité à ces acteurs. Cette démarche est aujourd'hui essentiellement encouragée et encadrée par l'Appel de Genève, dont les instruments élaborés en partenariat avec les groupes armés organisés ne seront pas étudiés plus avant dans la mesure où, bien que constituant des instruments de *soft law*, ils ne s'inscrivent pas spécifiquement dans le cadre de l'appréhension des nouvelles formes de criminalité.

³ Pour une présentation plus exhaustive, v. A. CLAPHAM, « Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups », *Journal of International Criminal Justice*, n° 6, 2008, pp. 899-926.

pénale individuelle est rappelé dans tous les statuts des juridictions internationales pénales, lesquelles ne peuvent déroger à leur compétence posée par les États pour l'étendre à la responsabilité pénale des personnes morales (qui sont particulièrement concernées par ces instruments de *soft law* privés). Dès lors, si l'on peut saluer l'intention affichée de respecter le droit des conflits armés et d'assumer la responsabilité pénale qui découlerait de sa violation, la réelle portée normative de ces dispositions laisse songeur. Le juge pénal, interne comme international, est lié par sa compétence. Ainsi, l'opposabilité du droit pénal, et en amont du droit des conflits armés, peut difficilement résider dans la volonté de ces nouveaux acteurs de se lier.

En conclusion, bien que les instruments de *soft law* - dont on constate la multiplication en matière de nouvelles formes de criminalité – aient *a priori* vocation à combler les lacunes du droit dur, ceux-ci ne sont en réalité que d'un apport substantiel très limité. Ceci explique sûrement partiellement leur utilisation restreinte au cours des procédures pénales, à l'exception notable des instruments du CICR. Certes, le nombre encore très limité de contentieux relatifs au cyberspace ou aux sociétés militaires privées, et la spécificité des procédures pénales relatives aux groupes qualifiés de terroristes, encourage à ne pas tirer de conclusions définitives en matière d'utilisation de ces instruments au cours du procès pénal. Toutefois, il n'en demeure pas moins que ces instruments ambitionnent essentiellement de permettre une meilleure appréhension des nouvelles formes de criminalité et que le bilan s'avère très nuancé en la matière. Encore faut-il confirmer ce premier constat en ce qui concerne le rôle de la *soft law* pour l'identification des responsabilités pénales.

II. LE ROLE DE LA *SOFT LAW* DANS L'IDENTIFICATION DES RESPONSABILITES PENALES

L'engagement de la responsabilité pénale suppose, d'une part, l'identification d'une juridiction pénale compétente (A) et, d'autre part, la réunion des conditions requises à l'engagement de la responsabilité pénale, à savoir la violation d'une norme pénale par une personne pénalement responsable (B).

A. IDENTIFICATION D'UNE JURIDICTION PENALE COMPETENTE

La mise en œuvre du droit des conflits armés renvoie en partie à la compétence juridictionnelle en matière de crime de guerre. Cette mise en œuvre repose essentiellement sur les juridictions étatiques. En effet, il n'existe pas en droit international de responsabilité pénale

de l'État ou des personnes morales et la compétence de la Cour pénale internationale demeure limitée par le consentement des États¹ et, en tout état de cause, subsidiaire à celle des juridictions nationales. Ainsi, si certains instruments de *soft law* mentionnent la compétence de la Cour pénale internationale, les acteurs non étatiques ne peuvent à aucun moment décider de se soumettre à sa compétence pour les éventuels crimes qui seraient commis, la compétence de la Cour demeurera ainsi liée par le consentement des États dont sont ressortissants lesdits acteurs.

Or, s'agissant de l'établissement des compétences pénales nationales, la nature transnationale des nouvelles formes de criminalité ou le caractère a-territorial de celles-ci posent des difficultés d'appréhension de ces phénomènes par les juridictions internes. Très concrètement, comment les juridictions internes peuvent-elles établir leur compétence pour des actes ou personnes agissant dans le cyberspace ?² Comment éviter le *forum shopping* ou le *law shopping* qui tend à ce que des personnes morales implantées dans plusieurs États choisissent de se soumettre au droit le moins exigeant ? Une nouvelle fois, si les instruments de *soft law* traitent de la question de l'établissement des compétences pénales des juridictions nationales en matière de crime de guerre, peu de réponses sont apportées. Pour l'essentiel, ces textes se contentent d'affirmer que les règles classiques d'établissement de la compétence pénale, prévues par les droits internes, sont applicables. L'*ICoC* renvoie ainsi aux titres de compétences classiques établis par les droits internes à savoir la compétence territoriale, la compétence personnelle active et passive, sans envisager de hiérarchie ou d'ordonnancement entre ces titres³. Les problématiques essentielles en matière de responsabilité des entreprises, à savoir l'appréhension de la sous-traitance ou des sociétés mères, ne sont donc pas éclaircies. La norme ISO 18788-2015 se contente encore plus succinctement d'indiquer que des procédures doivent être mises en place par la société militaire privée afin de notifier les « événements indésirables et perturbateurs » aux « autorités compétentes »⁴.

Le *Manuel de Tallin* fait figure d'exception. Ainsi, si la règle 8 pose le principe de l'établissement de la compétence pénale des juridictions selon les droits internes et conformément au droit international, la Règle 9 précise – à l'aune des spécificités du cyberspace – ce qu'il faut entendre par l'exercice de la compétence territoriale. Ainsi, les juridictions pénales d'un État sont territorialement compétentes si « les cyberinfrastructures et

¹ A l'exception d'un renvoi par le Conseil de sécurité tel que prévu à l'article 13, b), du Statut de Rome.

² En ce sens, la localisation du lieu de commission ou des effets de l'acte, mais aussi l'identification de l'auteur, sont autant de difficultés pour une application des règles de compétences « classiques » des juridictions nationales.

³ ICoC, v. p. 7 (point 24), p. 9 (point 37), p. 13 (point 40).

⁴ ISO, norme 18788-2015, point 8.1.4, h).

personnes engagées dans des activités cybernétiques [se trouvent sur] le territoire ; [si] les activités cybernétiques proviennent ou s'achèvent sur le territoire ; ou [si elles ont] un effet sur le territoire ». Les auteurs du *Manuel* prennent donc pleinement en considération les difficultés du cyberspace en matière d'établissement des compétences nationales et tente d'y apporter des éléments de réponse. Il est très peu probable que cette disposition soit appliquée directement dans les ordres juridiques internes, y compris dans ceux les plus perméables à la *soft law*. En ce sens, sa vocation semble être essentiellement d'influencer les législateurs nationaux pour adapter les règles d'établissement de la compétence interne à la criminalité cybernétique¹. Pour le reste, le *Manuel de Tallinn* reprend, à la règle 10, les règles de compétence personnelle active et passive, et, de manière assez floue, la compétence universelle et la compétence réelle.

Finalement, les dispositions de *soft law* en matière d'établissement de la compétence des juridictions pénales pour ces nouvelles formes de criminalité renvoient aux États le soin de mettre en œuvre leur obligation de faire respecter le droit des conflits armés², notamment en établissant leur compétence pénale pour ces phénomènes.

B. ÉTABLISSEMENT DE LA RESPONSABILITE PENALE

En ce qui concerne les règles d'établissement de la responsabilité pénale, les instruments de *soft law* n'apportent guère davantage d'éléments, que ce soit en matière de mode de responsabilité ou de causes d'exonération de la responsabilité pénale³, tout au plus encouragent-ils les États à établir leur compétence pénale pour les personnes morales sans en préciser les conditions. Pour autant, si ces instruments ne présentent pas d'intérêt substantiel en eux-mêmes, leurs utilisations par les juridictions internes et par les parties au procès pénal peuvent s'avérer intéressantes.

¹ En ce sens, cette disposition met en exergue les critiques doctrinales à l'égard de l'article 113-2-1 intégré au code pénal français par la loi du 3 juin 2016 concernant la compétence des juridictions françaises pour les crimes et délits réalisés au moyen d'un réseau de communication électronique. V. en ce sens : PARIZOT R., « Loi du 3 juin 2016 : aspects obscurs de droit pénal général », *RSC*, 2016, pp. 376 et s.

² Notons qu'il s'agit là d'une obligation de « droit dur » coutumière et conventionnellement prévue à l'article premier commun aux Conventions de Genève. Pour autant, les instruments de *soft law* évoqués se réfèrent généralement à un autre instrument de *soft law*, à savoir le Document de Montreux, plutôt qu'à cet article premier. V. en ce sens la note 34.

³ Par exemple en matière de responsabilité du supérieur hiérarchique ou de la responsabilité du subordonné pour l'exécution d'un ordre illégal, la norme ISO 18788-2015 renvoie simplement aux dispositions du droit interne et du droit international pénal, notamment celles du Statut de Rome, applicables (v. ISO 18788-2015, Point 8.3.7.e) et Point A.2.3.), de même que le Manuel de Tallinn (Règles 84 et 85), tandis que l'ICoC demeure silencieux sur ces questions.

Comme évoqué précédemment, les dispositions de *soft law* ont pu être utilisées, selon l'autorité de leurs auteurs, par les juges pénaux internes et internationaux afin d'interpréter des dispositions pénales. Elles ont en ce sens un effet normatif notable mais circonscrit par le prérequis de l'identification d'une norme contraignante applicable. En outre, l'étude de ces décisions met en exergue la réception très hétérogène de ces dispositions selon l'ordre juridique. Alors que les juridictions belges ou israéliennes semblent accueillir plutôt favorablement ces dispositions, les juridictions françaises paraissent davantage imperméables, au moins en ce qui concerne la responsabilité pénale pour les crimes internationaux. Pour autant, la décision de la Chambre criminelle, rendue le 25 septembre 2012 dans l'affaire *Erika*, ouvre des perspectives intéressantes d'établissement de la responsabilité pénale des personnes morales en raison de leurs engagements de *soft law*. Sans entrer dans les détails de cette affaire qui ne concerne pas le droit des conflits armés¹, la responsabilité de la société Total a notamment pu être engagée notamment en raison des engagements de *soft law* pris à l'égard de sa filiale et non respectés. Dans cette perspective, un raisonnement similaire pourrait être tenu à l'égard des engagements pris au titre de l'*ICoC* ou de la norme ISO 18788-2015 qui prévoient la mise en place de procédures de recrutement, de formation et de notification censées prévenir les violations du droit des conflits armés, voire les détecter et permettre leur traitement judiciaire. La pratique étant encore limitée en la matière, particulièrement en matière de droit des conflits armés, il convient donc d'être prudent. Toutefois, l'actualité judiciaire, et notamment la mise en examen de la société Lafarge pour complicité de crime contre l'humanité, ouvre des opportunités pour une utilisation croissante de ces engagements de *soft law* devant le juge pénal interne y compris en matière de droit des conflits armés et de crimes de guerre. Notons d'ailleurs que si les motifs de cette mise en examen ne sont pas encore divulgués, les deux communiqués de presse de la société Lafarge du 2 mars 2017 et du 28 juin 2018 tentent d'écarter toute responsabilité de la personne morale en raison des engagements de *soft law* et de responsabilité sociale des entreprises adoptés en interne et vis-à-vis des sous-traitants. Du point de vue de la partie défenderesse, les instruments de *soft law* semblent donc constituer une sorte de cause d'exonération ou, *a minima*, la démonstration de la mise en œuvre de leur obligation de prévention et de vigilance. Cet argument devrait toutefois être étayé par des faits plus solides pour avoir une chance d'être favorablement accueilli, spécialement en matière de crimes

¹ Pour une présentation plus exhaustive de cette affaire et de ses implications juridiques en matière d'établissement de la responsabilité pénale, v. : L. d'AMBROSIO, J. TRICOT, « Panorama des outils juridiques mobilisés ou mobilisables par ou pour la RSE en droit pénal », K. MARTIN-CHENUT, R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit*, op. cit., pp. 111-129.

internationaux. En ce sens, et en amont du procès pénal, il appert que la tendance législative soit davantage à l'intégration d'obligation de vigilance et de prévention des crimes – passant notamment par l'adoption d'instruments de *soft law* susmentionnés – plutôt qu'à la création d'une cause d'exonération de la responsabilité pénale des personnes morales en raison de leurs engagements de *soft law*. Ainsi, alors que les entreprises pensaient se prémunir d'un « risque pénal » en adoptant de tels instruments de *soft law*, ceux-ci sont en passe de devenir une nouvelle obligation à la charge de ces entreprises, voire un élément de preuve en matière d'établissement de la chaîne de responsabilité.

En conclusion, les instruments de *soft law* étudiés tout au long de la présente contribution sont issus de personnes privées, acteurs des conflits armés, en tant que partie au conflit ou observateurs. Si l'immixtion de ces instruments de *soft law* dans le droit pénal engendre quelques interrogations, voire craintes, il s'avère que le rôle joué par ces instruments dans l'appréhension des nouvelles formes de criminalité en temps de conflit armé est très marginal. Ce constat est manifeste en matière d'apport normatif au droit des conflits armés ou au droit pénal, pourtant principale ambition de ces instruments. En ce sens, la réputation du droit positif d'être dépassé, obsolète ou encore inadapté aux nouveaux phénomènes de criminalité semble bien mal méritée, tandis que les qualités prêtées à la *soft law* paraissent quant à elles très surestimées. Plus encore, si l'on peut craindre le « *crime washing* » ou que ces démarches de *soft law* tendent à dépénaliser certains comportements criminels en temps de conflits armés, il apparaît en réalité que ces instruments peuvent être utilisés avec parcimonie et dans les limites du principe de légalité par le juge pénal afin d'identifier plus aisément les chaînes de responsabilité pénale. Notons également que les acteurs non étatiques de la société civile ont su se saisir, souvent plus efficacement que les États, de ses instruments de *soft law* et du langage parajuridique de la responsabilité sociale des entreprises pour que ceux-ci ne demeurent pas de simples arguments *marketing*. Finalement, à la question posée en introduction de comment utiliser les instruments de *soft law* dans le cadre du procès pénal et conformément aux principes du droit pénal, peut-être faut-il répondre par une autre question : pourquoi vouloir utiliser ces instruments ? À contre-pied du discours ambiant en matière d'appréhension des nouvelles formes de criminalité en temps de conflit armé, et tout en étant conscient des défis que celles-ci posent au droit, sans doute faut-il souligner les qualités du droit dur qui permet tout à la fois à son interprète d'appréhender de nouveaux phénomènes des conflits armés tout en circonscrivant son pouvoir d'interprétation.

D'UN SIMPLE DEVOIR DE VIGILANCE
A UNE RESPONSABILITE PENALE DES SOCIETES MERES ?¹

Maria Andréa SAAB

Diplômée du Master 2 Droit pénal et sciences criminelles
et du DU OJPI, Université Paris Nanterre

Résumé :

La criminalité des entreprises transnationales est un exemple éloquent des difficultés que rencontre le droit, et plus particulièrement le droit pénal, lorsqu'il s'agit de saisir des phénomènes criminels présentant une dimension à la fois collective et transfrontière. Or, les cas de violations de droits de l'homme dans le cadre des activités des entreprises transnationales, potentiellement constitutives d'infractions pénales, sont nombreux. Ces difficultés se retrouvent en réalité dans la notion même d'« entreprise » « transnationale ». En effet, le droit pénal ne connaît pas l'« entreprise » mais la personne morale et rencontre des difficultés face à des situations présentant des éléments d'extranéité : l'éclatement structurel et territorial des entreprises transnationales apparaît donc comme un obstacle à une mise en jeu effective de la responsabilité de ces dernières et, plus particulièrement, des sociétés-mères ou donneuses d'ordre, situées sur le territoire français. Toutefois, la consécration en droit français d'un « devoir de vigilance », issu de la RSE et de la *soft law*, par la loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre du 27 mars 2017, nous amène à nous interroger sur les potentialités qu'offre celui-ci, en tant qu'outil de responsabilité pénale.

Abstract :

Transnational corporate crime is a telling example of difficulties encountered by law, and specifically by criminal law, in dealing with criminal phenomena with both a collective and cross-border dimension. Yet, there are many cases of human rights violations by transnational corporations, potentially constituting criminal offenses. Those difficulties can actually be found in the very notion of "transnational" "corporation". Indeed, French criminal law does not know

¹ Cette réflexion est principalement le fruit d'un travail de recherche mené dans le cadre de mon mémoire de Master 2 à l'Université Paris-Nanterre, sous la direction de Madame Juliette TRICOT, intitulé « *Le « devoir de vigilance », un outil de responsabilisation pénale des entreprises transnationales ?* ».

the "corporation" but the legal person and encounters difficulties in situations with a foreign element: the structural and territorial fragmentation of transnational corporations thus appears to be an obstacle to implementing an actual liability of the latter and, particularly, of the parent companies located in France. However, the introduction in French law of a "duty of care", stemming from CSR and soft law, by Law No. 2017-399 of 27 March 2017 on the duty of vigilance of parent and instructing companies, leads us to question the potential offered by this duty, as a tool of criminal liability.

Mots clés :

Devoir de vigilance, Responsabilité pénale, Entreprises transnationales, Sociétés-mères, Sociétés donneuses d'ordre, Plan de vigilance, RSE

La criminalité des entreprises transnationales est un exemple éloquent des difficultés que rencontre le droit, et plus particulièrement le droit pénal, lorsqu'il s'agit de saisir des phénomènes criminels présentant une dimension à la fois collective et transfrontière. En premier lieu, il convient de souligner que l'« entreprise transnationale » est une notion économique, pour laquelle il n'existe pas de définition juridique consensuelle : le professeur Charles Leben a ainsi pu la définir comme « *un groupe multinational de sociétés, c'est-à-dire un ensemble de sociétés réparties dans des États différents et obéissant à une stratégie commune définie par une ou plusieurs sociétés-mères* »¹. Ces entreprises transnationales sont les premières actrices du phénomène que l'on peut qualifier de mondialisation économique² : comme le souligne le professeur Brigitte Stern, « *ce processus multidimensionnel [la mondialisation] tend à se jouer des frontières et donc à effacer l'Etat; or le droit est par excellence une production étatique [...] Le terme de « mondialisation » n'est pas un « mot du droit », mais un état de fait qui lance un défi au droit [...] qui s'est développé depuis le XVIème siècle en se fondant sur les notions d'Etats territoriaux et de frontières* »³.

¹ LEBEN (C.), « Entreprises multinationales et droit international économique », *RSC*, 2005, p.777.

² Ce phénomène peut être défini comme : « la formation progressive d'un marché à l'échelle planétaire, caractérisé par la mobilité des biens et des services, des capitaux, des facteurs productifs et même des hommes », MICHALET (C.-A.), « Les métamorphoses de la mondialisation. Une approche économique », in KAHN (P.) et LOQUIN (E.) (sous la direction de), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, pp. 11-42.

³ STERN (B.), « La mondialisation du droit », *Revue Projet*, n° 262, 2000, p. 99.

Ce phénomène de mondialisation économique se caractérise également par « *des flux d'investissements directs à l'étranger et la mobilité des activités productrices des firmes d'un territoire à l'autre* »¹. En effet, s'agissant de leurs activités de production, les entreprises transnationales se reposent généralement sur la délocalisation au sein de filiales et sur l'externalisation à la recherche de coûts de production les plus bas possibles.

Cette délocalisation et cette externalisation, au sein d'un marché concurrentiel, se font par conséquent bien souvent au détriment des conditions de travail des salariés ou de l'environnement dans des États où la législation est bien moins contraignante à cet égard que la législation française. Dès lors, les entreprises transnationales, dont le chiffre d'affaires dépasse pour certaines le produit national brut de certains États², jouent sur cette mobilité qui leur permet d'échapper à plusieurs égards au droit, chaque société du groupe pouvant être soumise à une législation différente. S'agissant du droit pénal plus particulièrement, ces difficultés se retrouvent en réalité dans l'énoncé même de cette notion d'« entreprise » « transnationale ». En effet, le droit pénal ne connaît pas l'« entreprise » mais la personne morale et rencontre des difficultés face à des situations présentant des éléments d'extranéité : par là même, l'éclatement structurel et territorial des entreprises transnationales limite grandement les possibilités de mise en jeu de la responsabilité pénale de ces dernières, et plus particulièrement des sociétés-mères ou sociétés donneuses d'ordre, qui sont, elles, situées sur le territoire français.

Or, les cas de violations de droits de l'homme dans le cadre des activités des entreprises transnationales, potentiellement constitutives d'infractions pénales, sont nombreux.

Le cas de la catastrophe de Bhopal en Inde en est l'illustration : dans la nuit du 3 décembre 1984, une usine d'une filiale de la firme américaine *Union Carbide*, produisant des pesticides, a explosé, dégageant 40 tonnes d'isocyanate de méthyle dans l'atmosphère de la ville, alors que de nombreux dysfonctionnements et déficiences des systèmes de sécurité de l'usine avaient déjà pu être constatés, sans qu'aucune mesure pour y pallier ne soit prise. Le bilan officiel a fait état de près de 7000 morts, quand les associations de victimes avancent un chiffre entre 20 et 25 000 morts dans les années qui suivirent, et environ 100 000 personnes intoxiquées avec des conséquences très lourdes aujourd'hui encore sur leur santé et celle de leurs enfants, pour

¹ MICHALET (C.-A.), « Les métamorphoses de la mondialisation. Une approche économique », in KAHN (P.) et LOQUIN (E.) (sous la direction de), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p.22.

² « Dans les bilans de vos entreprises se lit la puissance de l'économie mondialisée. Le chiffre d'affaires des cent premières entreprises mondiales s'élève, en 2004, à plus de sept mille milliards de dollars. La somme des chiffres d'affaires des deux premières dépasse le produit national brut de l'Afrique tout entière » (M. Jacques Chirac, discours du 26 janvier 2005, Forum économique mondial Davos) cité in CNCDH, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme, Volume I – Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*, Étude réalisée par Olivier Maurel, La Documentation française, 2009, p. 22.

beaucoup nés handicapés. Dans ce cas, la société-mère américaine n'a jamais été condamnée et la filiale implantée en Inde, convoquée par un tribunal pénal de Bhopal, ne s'est jamais présentée. Plus récemment, l'on peut penser au drame du Rana Plaza au Bangladesh, à savoir l'effondrement en 2013 d'un immeuble qui hébergeait plusieurs usines textiles causant la mort de près de 1130 ouvriers et des milliers de blessés. Des étiquettes de marques internationales de vêtements, telles qu'Auchan, Camaïeu, ou Benetton ont été retrouvées dans les décombres. Si des poursuites ont été engagées au Bangladesh en 2015 contre plusieurs personnes, parmi lesquelles le propriétaire de l'immeuble, la chaîne de responsabilité n'a pu être remontée jusqu'aux entreprises qui sous-traitaient leur production dans ces ateliers de confection.

L'idée d'un « devoir de vigilance » des entreprises transnationales résulte donc du constat de ces violations des droits de l'homme et d'atteintes à l'environnement de grande ampleur, et des difficultés, si ce n'est de l'impossibilité, à engager la responsabilité des sociétés mères ou donneuses d'ordre qui sont pourtant celles qui dirigent la stratégie de l'ensemble du groupe et tirent profit des agissements de leur chaîne de valeur¹. Cette notion de « devoir de vigilance » est notamment apparue dans le cadre de la *soft law* - droit non contraignant - au sein des principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de l'ONU en 2011², sous la forme d'une *due diligence* ou diligence raisonnable, qui consisterait pour les entreprises à « prévenir et éviter les impacts négatifs de leurs activités pouvant constituer des violations des droits de l'homme »³. Elle se retrouve également dans le cadre des instruments de « responsabilité sociale de l'entreprise » ou « RSE »⁴ - qui reposent sur une intégration volontaire par les entreprises de certaines normes liées aux droits de l'homme et à la protection de l'environnement dans leurs activités, notamment par l'adoption de codes de conduite.

Ce comportement anticipatif des entreprises transnationales, fondé sur l'idée d'une prévention des risques de violations des droits de l'homme dans le cadre de leurs activités, se

¹ Notion introduite par Porter dans son ouvrage *L'avantage concurrentiel* (1986), la chaîne de valeur est un modèle qui aide à analyser les activités spécifiques par lesquelles les sociétés peuvent créer de la valeur et un avantage concurrentiel.

² Organisation des Nations Unies, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John RUGGIE, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer »*, A/HRC/17/31, 21 mars 2011.

³ MARTIN-CHENUT (K.), « Droits de l'homme et RSE : vers un humanisme responsable ? » in *Humanisme et justice, Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, pp.125-143, p.131.

⁴ Si elle porte le nom de « responsabilité », la RSE n'en est toutefois pas une, tout du moins pas au sens juridique du terme et si elle n'a pas de définition établie, la doctrine tentant encore d'en déterminer les contours (v. POSTEL (N.), SOBEL (R.), « Introduction générale et guide de lecture », in N. Postel et R. Sobel (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, pp. 7-16.), elle est toutefois définie par la Commission européenne dans son Livre vert sur la promotion d'un cadre européen pour la RSE de 2001 comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et écologiques à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes ».

retrouve donc dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre du 27 mars 2017¹, qui vise à dépasser la RSE et la *soft law* et à rendre juridiquement contraignant un tel devoir. Cette loi a instauré dans le Code de commerce une obligation de vigilance, à savoir une obligation légale de comportement prudent et diligent des sociétés mères de groupes qui emploient au moins 5 000 salariés en France ou 10 000 salariés dans le monde, vis-à-vis de leurs filiales et sous-traitants². Toutefois, la loi ne prévoit, en cas de manquement à cette obligation de vigilance, qu'un mécanisme d'engagement de la responsabilité civile de la société-mère³. La présente contribution vise donc à s'interroger sur une potentielle utilisation de l'« obligation de vigilance » en tant qu'outil de responsabilité pénale (I), avant de constater que subsisterait, en tout état de cause, de réels obstacles à une mise en jeu effective de celle-ci (II).

I. L'OBLIGATION DE VIGILANCE, OUTIL DE RESPONSABILITE PENALE ?

La question de l'utilisation par le juge pénal de l'« obligation de vigilance », matérialisée par l'établissement et la mise en œuvre d'un plan de vigilance (B) doit être appréciée à l'aune de l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 septembre 2012, dans l'affaire *Erika* (A).

A. L'ARRET *ERIKA*, UN PASSAGE DE LA RESPONSABILISATION A LA RESPONSABILITE

L'arrêt *Erika*⁴ est un exemple d'utilisation par le juge pénal d'un engagement pris volontairement par une société-mère afin d'engager sa responsabilité pénale. L'affaire concernait le naufrage en 1999 d'un navire transportant plus de 30000 tonnes de fioul lourd à une trentaine de milles nautiques des côtes françaises, entraînant une catastrophe écologique sans précédent. Les juridictions françaises étaient par conséquent amenées se prononcer sur la responsabilité pénale de plusieurs acteurs pour un délit de pollution involontaire prévu à

¹ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n°0074 du 28 mars 2017, texte n° 1.

² Code de commerce, article L225-102-4: « Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance ».

³ Code de commerce, article L225-102-5: « Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ».

⁴ Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938 : JurisData n° 2012 -021445.

l'article 8 de la loi n°83-583 réprimant la pollution par les navires, applicable à l'époque des faits : celle du mandataire du propriétaire du navire, du gestionnaire du navire, de la société de classification et surtout, celle de la société Total SA, société-mère. En l'espèce, la faute pénale d'imprudence commise par Total SA, sur le fondement de l'article 121-3 du Code pénal, va être caractérisée par le juge répressif au regard du non-respect « des règles et de la procédure d'inspection des navires, volontairement mises en place en dehors de toute obligation juridique »¹. Ces règles et procédures internes appelées « *vetting* » consistent en « un engagement volontaire de contrôle technique renforcé des navires affrétés par les grandes compagnies pétrolières, pris dans le cadre d'une « charte-partie », contrat-type de location propre au droit maritime » qui « confère aux représentants du groupe des sociétés pétrolières un droit d'inspection préalable du navire devant être affrété »², l'inspection portant notamment sur la conformité aux réglementations internationales, la protection de l'environnement ou encore la politique en matière de sécurité³. La Cour d'appel retient que Total SA avait en l'occurrence mis en place ce système de *vetting* « dans la perspective clairement affichée de renforcer la sécurité des navires et, en cas d'accident, d'échapper au reproche de négligence et donc à une recherche de responsabilité pour faute »⁴. Dès lors, la Cour d'appel va utiliser cet engagement volontaire de Total SA pour caractériser sa carence fautive.

La Chambre criminelle confirme ce raisonnement et considère que le représentant de Total SA, personne physique, chargé d'avaliser les opérations, a commis « une faute caractérisée créant un risque d'une particulière gravité »⁵ car ce dernier a, « malgré la mission qui lui incombait de veiller à son entretien, pris la décision de faire des réparations a minima du navire dont il connaissait l'état de vétusté »⁶ et « qu'un tel comportement constitue la cause de l'état de corrosion d'une partie fondamentale de la structure du bâtiment et donc de sa cassure, de son naufrage et de la pollution en ayant décollé »⁷. Ces faits permettent donc selon la Chambre criminelle de caractériser un manquement de ce dernier aux « diligences normales qui lui incombait »⁸, alors qu'il disposait des « compétences, [des] moyens et [du] pouvoir

¹ TRICOT (J.), « La conformité, outil de juridicisation de la RSE et de transformation du droit », in K. Martin-Chenut, R. de Quenaudon (dir.), *La RSE saisie par le droit*, Pedone, 2016, pp. 303-319, p.316.

² Définition du terme « *vetting* » in thésaurus : www.rse.cnrs.fr.

³ *Idem*.

⁴ NEYRET (L.), « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2238.

⁵ Sur le fondement de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal, ce dernier étant une personne physique et le lien de causalité étant indirect.

⁶ Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938 : JurisData n° 2012 -021445.

⁷ *Idem*.

⁸ Diligences qui étaient donc prévues par un engagement volontaire de la part de Total SA.

d'assumer les responsabilités qui étaient les siennes »¹. Ainsi, la Cour de cassation utilise un engagement volontaire d'une société mère de procéder à un certain nombre de contrôles pour caractériser une faute pénale d'imprudence, en raison du manquement de cette dernière à un tel engagement. Plus précisément, comme le souligne Laurent Neyret, « *[un] tel engagement, comme la procédure de *vetting*, constitue donc une « norme de comportement, un standard » utilisé par le juge pénal pour évaluer le caractère fautif ou non des agissements du prévenu, à l'image du standard bien connu du bon père de famille »².*

Cette utilisation par le juge pénal de la procédure de *vetting* dans l'arrêt Erika comme standard lui permettant d'évaluer le caractère fautif ou non des agissements d'une société-mère nous amène dès lors à envisager l'hypothèse d'une utilisation par le juge pénal du « plan de vigilance » retenu par la loi du 27 mars 2017, dans la lignée de l'arrêt *Erika*.

B. UNE POTENTIELLE UTILISATION DU « PLAN DE VIGILANCE » PAR LE JUGE PENAL

L'obligation de vigilance prévue par le Code de commerce consiste pour les sociétés donneuses d'ordre à établir, mettre en œuvre de façon effective et publier « *les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits de l'homme et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* »³. Ces mesures doivent concerner les filiales, sous-traitants et fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie. Elles doivent être formalisées dans un plan de vigilance qui est donc le support matériel de cette obligation de vigilance. Ce plan de vigilance doit comprendre notamment les mesures suivantes : une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ; des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, sous-traitants et fournisseurs ainsi que des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves⁴. C'est donc ce plan de vigilance, à l'instar de la procédure de *vetting* dans l'arrêt Erika qui nous semble utilisable par le juge pénal, afin de caractériser une faute d'imprudence d'une société-mère. En effet, le plan de vigilance tel que prévu par la loi du 27 mars 2017, doit contenir, à l'instar de la procédure de *vetting*, un certain nombre de règles et de procédures qui doivent être établies puis mises en œuvre par la société- mère.

¹ Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938 : JurisData n° 2012 -021445.

² NEYRET (L.), « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *op. cit.*, p. 2238.

³ Code de commerce, article L225-102-4.

⁴ *Idem*.

Dès lors, envisageons le cas d'une société-mère qui constate dans le cadre d'une procédure d'évaluation régulière de la situation de l'un de ses sous-traitants un risque d'atteinte grave à la santé et la sécurité des travailleurs, en l'espèce que les bâtiments d'un atelier de fabrication textile présentent un risque d'effondrement. Cette société mère ne prend toutefois par la suite aucune « action adaptée d'atténuation ou de prévention » de ce risque et le bâtiment s'effondre entraînant la mort d'ouvriers y travaillant. Dès lors, à la suite du constat de la survenance de ce dommage que l'action d'atténuation des risques était potentiellement à même de prévenir, ne serait-il pas possible pour le juge pénal d'utiliser les prescriptions du plan de vigilance afin de caractériser une faute d'imprudence de la société-mère au regard du manquement aux prescriptions du plan de vigilance¹? En effet, dans la lignée de l'arrêt *Erika*, le juge pénal pourrait ainsi potentiellement considérer que la société-mère, en ne respectant pas l'obligation de prendre une « action adaptée d'atténuation du risque ou de prévention » de l'atteinte grave à la sécurité des personnes alors même que ce risque avait pu être constaté lors de l'évaluation de la situation du sous-traitant, a commis une faute d'imprudence au regard « des diligences normales qui lui incombent », ces diligences étant celles prévues par le plan de vigilance, dans le cadre de l'obligation de vigilance qui est la sienne. A travers cette hypothèse, se dessine donc nous semble-t-il la possibilité d'une pénalisation du « devoir de vigilance » qui serait à même de permettre un passage d'une responsabilisation des entreprises transnationales à une responsabilité pénale. Toutefois, de réels obstacles, propres au droit pénal, subsisteraient.

II. DES DIFFICULTES SUBSISTANTES

En effet, au-delà de la qualification d'une faute d'imprudence imputable à la société-mère, des difficultés importantes de deux ordres apparaissent, la première tenant à l'application de la loi pénale dans l'espace (A) et la seconde tenant à l'identification de la personne responsable (B).

¹ Étant précisé que pour l'imputabilité du délit à la société-mère, cette dernière ne poserait *a priori* pas de difficultés en ce que le texte vise expressément les sociétés qui sont tenues d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance et précise que ces dernières sont tenues de le mettre en œuvre pour ce qui est de leur propre activité, mais aussi de celle de leurs filiales et sous-traitants.

A. DES DIFFICULTES LIEES A LA TERRITORIALITE

Engager la responsabilité d'une société mère pour une infraction involontaire commise à l'étranger sur des étrangers supposerait de dépasser certains obstacles de fond et de forme en matière d'application de la loi pénale dans l'espace. Ainsi, pour revenir à notre cas, il serait possible de se fonder sur la compétence personnelle active prévue à l'article 113-6 du Code pénal, et selon laquelle la loi pénale française est applicable à tout délit commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis¹.

Un premier verrou de fond apparaît donc qui est celui de l'exigence de double incrimination qui suppose pour engager la responsabilité pénale de la société-mère, que les faits objets de la poursuite soient punis par la législation du pays où ils ont été commis. Plus précisément, cette condition de double incrimination peut être appréciée de deux manières : dans le cadre d'une appréciation *in abstracto* de la double incrimination, il sera considéré que cette dernière ne vise que les faits qui doivent être incriminés par la législation du pays où ils ont été commis, quand l'appréciation *in concreto* considère que la double incrimination vise aussi l'imputabilité du fait à la personne suspectée. Comme le souligne le professeur Cristina Mauro, cette seconde approche devrait donc conduire, selon une partie de la doctrine², « à exclure l'application de la loi française dès lors que le système du pays où les faits ont été commis ne connaît pas le principe de la responsabilité pénale des personnes morales »³.

Un second obstacle tient aux verrous procéduraux de l'article 113-8 du Code pénal. Ce dernier dispose que, dans le cas prévu à l'article 113-6, « la poursuite des délits ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public » et qu'elle doit être « précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis »⁴. Il apparaît dès lors que seul le ministère public peut mettre en mouvement l'action publique, et uniquement à la suite de la plainte d'une victime ou de ses ayants droits ou d'une dénonciation officielle de l'autorité du pays où le fait a été commis : il ne peut donc agir d'office. L'éventuelle complaisance des autorités de l'État de commission des faits peut donc jouer un grand rôle : ces dernières peuvent empêcher des poursuites soit en ne se manifestant

¹ Code pénal, article 113-6 ; étant précisé que dans le cadre d'une infraction involontaire, telle qu'un homicide involontaire dans notre cas, nous nous situons dans l'hypothèse d'un délit.

²V. en ce sens BOULOC (B.), *La responsabilité pénale des entreprises en droit français*, RIDC, 1994, p. 669 ; DELMAS-MARTY, « Personnes morales étrangères et françaises (Questions de droit pénal international) », *Rev. Sociétés*, 1993, p.255.

³ MAURO (C.), « Application dans l'espace de la loi pénale et entreprises multinationales », *AJ Pénal*, 2012, p.12.

⁴ Code pénal, article 113-8.

pas, soit en empêchant la victime de se manifester¹. Cette condition exclut aussi et surtout toute possibilité pour une victime de se constituer partie civile en vue de déclencher l'action publique. Ainsi, l'opportunité des poursuites demeure entièrement soumise à l'appréciation du procureur de la République – qui, rappelons-le, n'est pas une autorité judiciaire indépendante pour la Cour Européenne des Droits de l'Homme² - et l'on peut éventuellement craindre des réticences à poursuivre les sociétés mères d'entreprises transnationales puissantes situées en France. Il sera précisé qu'une suppression de ces verrous procéduraux est en réalité tout à fait envisageable, preuve en est, la loi dite « *Sapin II* » adoptée en 2016 en vue de lutter contre les délits de corruption internationale³, qui supprime la condition de double incrimination et le monopole du Parquet concernant la poursuite de faits de corruption d'agent public étranger commis totalement à l'étranger ainsi que la condition de dépôt d'une plainte de la victime ou d'une dénonciation officielle par l'Etat où les faits ont été commis⁴.

B. DES DIFFICULTES LIEES A L'IMPUTABILITE

Le droit pénal français prévoit une responsabilité des personnes morales. Or, dans une entreprise transnationale, chaque entité qui compose le groupe est considérée comme autonome et sans lien juridique avec la société-mère. Toutefois, et c'est tout l'intérêt de la loi sur le devoir de vigilance, cette dernière permet de dépasser ce que l'on qualifie d'« écran de la personnalité morale », en imputant l'obligation de vigilance à la société-mère ou donneuse d'ordres: c'est donc à raison d'un manquement à une obligation qui lui est propre que sa responsabilité pourrait être engagée. Cependant, le droit pénal français exige, pour engager la responsabilité d'une personne morale, d'identifier l'organe ou le représentant, personne physique, qui a commis l'infraction pour le compte et dans l'intérêt de la personne morale⁵. En effet, la jurisprudence exige d'une part de vérifier la matérialité de l'infraction – élément matériel et élément moral - à l'encontre de l'organe ou du représentant de la personne morale, mais elle exige en outre d'identifier précisément l'organe ou le représentant responsable, personne physique, afin de lui imputer l'infraction⁶. D'un point de vue pratique, cette exigence d'une identification de la

¹ MAURO (C.), « Application dans l'espace de la loi pénale et entreprises multinationales », *op. cit.*

² Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, Req. n° 3394/03 ; Cour EDH, 5^{ème} Sect., 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, Req. n° 37104/06.

³ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, article 17.

⁴ Code pénal, articles 435-6-2 et 435-11-2.

⁵ Code pénal, article 121-2.

⁶ V. pour des arrêts récents exigeant l'identification de l'organe ou du représentant : Crim., 22 mars 2016, F-P+B, n° 15-81.484 ; Crim., 12 avr. 2016, F-P+B, n° 15-86.169 ; Crim., 27 sept. 2016, F-P+B, n° 15-85.248.

personne physique responsable peut donc conduire à écarter la responsabilité d'une personne morale dès lors que la faute commise est « diffuse » soit, selon Jean-Christophe Saint-Pau, lorsqu'il est possible de la rattacher directement à la structure ou à l'organisation de l'entreprise, sans caractériser le fait d'un organe ou d'un représentant¹. Ainsi, s'il n'est pas possible d'identifier précisément l'organe ou le représentant ayant commis l'infraction, il ne sera pas possible d'engager la responsabilité de la personne morale quand bien même la faute résulterait nécessairement de l'organisation défectueuse du groupement. Ces éléments témoignent des difficultés qu'a le droit pénal français, sur le plan conceptuel, à considérer la personne morale comme une véritable « personne » et, conformément à la théorie de la réalité, à lui reconnaître une volonté collective, détachée de celle des personnes physiques qui la compose.

Un second écran, après celui de la personne morale, apparaît donc, celui de la personne physique responsable au sein de la structure et, comme le souligne Juliette Tricot, cet écran « empêche [...] de penser les structures, les groupements, leurs pouvoirs, et partant les moyens de les responsabiliser »². Dès lors, et dans notre cas, il serait nécessaire d'imputer le manquement à l'obligation de vigilance à une personne déterminée au sein de la société-mère, de déterminer précisément quelle personne est responsable de l'absence d'action adaptée de prévention du risque constaté, et pas seulement de constater que le « *process* » de vigilance et de prévention des risques s'est avéré défectueux et a causé un dommage, ce qui peut potentiellement constituer une difficulté supplémentaire.

Nous mentionnerons une dernière difficulté, d'ordre pratique, liée aux premiers plans de vigilance publiés en 2018. En effet, l'association Sherpa, spécialisée dans la protection et la défense des victimes de crimes économiques, a pu constater que ces derniers sont particulièrement succincts et que « leur lecture ne permet pas, pour la plupart, d'appréhender précisément quels risques ont été identifiés par les sociétés, leur localisation au sein du groupe et encore moins la façon dont la société y répond »³. Partant, et en l'état, ces derniers sont inutilisables par un juge en vue de caractériser un quelconque manquement, en l'absence d'identification d'un ou plusieurs risques précis. Au regard de ces plans et de leur manque de précision, il semblerait donc que les sociétés soient conscientes qu'en identifiant un risque

¹ SAINT-PAU (J.-C.), « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, 2003, n° 150 s., p. 95 s.

² TRICOT (J.), « Personne(s) morale(s) et personne(s) physique(s) : comment renouveler l'approche personnaliste ? Réflexions à partir du droit pénal », in K. Martin- Chenut, R. de Quenaudon (dir.), *La RSE saisie par le droit*, Pedone, 2016, pp. 173-191, p.184.

³ SHERPA, *Guide de Référence pour les Plans de Vigilance*, 1ère édition, 2018, pp.10-11. Il est ainsi noté que « Par exemple, la société mère d'un grand groupe du secteur extractif a publié un Plan de six pages environ, alors que le groupe possède plus de 900 filiales opérant dans près de 130 pays ».

précis dans leur plan de vigilance, elles s'exposent potentiellement à des poursuites sur la manière dont elles y ont répondu.

Ainsi, s'il apparaîtrait que la consécration, en droit contraignant, de concepts issus de la *soft law* et de la RSE soit porteuse de possibilités juridiques nouvelles, la mise en œuvre de ces dernières supposerait toutefois de dépasser en amont les difficultés classiques que rencontre le droit pénal lorsqu'il est confronté à une criminalité collective et transfrontière.

**LA RESPONSABILITE DES CRIMES
COMMIS PAR LES SYSTEMES D'ARMES LETALES AUTONOMES (SALA)**

Julie FEVRIER, avocate et doctorante

et

Louis PEREZ, chercheur associé au sein d'un centre de recherche du Ministère des Armées et
doctorant

Résumé :

Invariablement, le juriste doit manier avec habilité ses armes afin de faire persister la validité de ses concepts confrontés à une abondance de nouvelles technologies. Parmi ces nouvelles technologies, les systèmes d'armes létales autonomes (SALA). Ces robots de guerre autonomes qui seraient capables d'engager une cible et de la neutraliser sans intervention humaine suscitent fascination et appréhension. La responsabilité des crimes qui seraient commis par un SALA est l'une de ces énigmes contemporaines qui impose une réponse soumise à des impératifs tant de rigueur que de temps. La présente contribution s'attardera à examiner en premier lieu la responsabilité qui incombe aux États de mettre en œuvre un cadre juridique relatif à de telles armes mais aussi celle qui résulterait d'éventuels crimes commis par elles. Un cas particulier de responsabilité individuelle sera par la suite évoqué ; celui de la responsabilité du supérieur hiérarchique militaire, être humain aux premières loges des actions de son *alter ego* robotique.

Abstract:

Lawyers have always a duty to assure that the main concepts of law persist, especially regarding new technologies. Among those new technologies, there are lethal autonomous weapons systems (LAWS). These autonomous war robots that may target and neutralize an objective without human intervention arouse fascination and apprehension. Accountability of crimes committed by LAWS is one of these modern issues that requires a rapid and rigorous answer. This article takes interest in the responsibility of States to set up a legal framework regarding LAWS as well as States accountability for crimes that would have been committed by LAWS. Then a specific case of individual accountability/responsibility will be outlined, the military commander accountability one, a human being who has a ringside seat to the actions of its robotic alter ego.

Mots clés :

Systèmes d'armes létales autonomes, SALA, responsabilité des Etats, supérieur hiérarchique militaire

« Les armes autonomes ont été décrites comme la troisième révolution des techniques de guerre, après la poudre à canon et les armes nucléaires »¹.

Invariablement, le juriste doit manier avec habileté ses armes afin de faire persister la validité de ses concepts confrontés à une abondance de nouvelles technologies. La responsabilité des crimes commis par les systèmes d'armes létaux autonomes (SALA) appelés « robots-tueurs » par ses détracteurs est l'une de ces énigmes contemporaines qui impose une réponse soumise à des impératifs tant de rigueur que de temps. L'ancien Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Christof Heyns, reprenait une définition déjà entérinée par le ministère de la Défense des États-Unis² et par l'ONG *Human Rights Watch*³, selon laquelle : « les robots létaux autonomes (RLA) sont des systèmes d'armes robotiques qui, une fois activés, peuvent sélectionner et attaquer des cibles sans intervention complémentaire d'un opérateur humain. L'élément à retenir est que le robot choisit de façon autonome de viser telle cible et d'utiliser la force meurtrière »⁴.

L'un des éléments révélateurs de cette définition réside dans la notion d'autonomie. A quel degré d'autonomie se réfère-t-on lorsqu'on le définit ? La question de l'autonomie fait évidemment débat en ce que cela pose la question du degré de « contrôle humain » qui sous-tend la problématique abordée ici : celle de la responsabilité en cas de violations commises par ces robots⁵. Sur cette question, *Human Rights Watch* a repris une classification tripartite de ces armes robotiques déterminée selon le degré d'intervention humaine nécessaire à leur déploiement. Dans le premier cas, le robot sélectionne la cible et un opérateur humain prend la décision d'engager la force (« *human in the loop* » ou système téléguidé). Le deuxième cas correspond à la situation où le robot sélectionne la cible et engage la force qui peut être suspendue par un opérateur humain (« *human on the loop* » ou autonomie supervisée). Enfin,

¹ Lettre ouverte publiée le 28 juillet 2015 à l'occasion de l'*International joint conference on artificial intelligence* tenue à Buenos Aires du 25 au 31 juillet 2015, disponible [en ligne](#).

² Directive du ministère de la Défense des États-Unis, «*Autonomy in Weapons Systems*», no 3000.09 du 21 novembre 2012, Glossaire, deuxième partie. Voir également: Ministère britannique de la Défense, «*The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems*», §§ 202 et 203, disponible [en ligne](#).

³ Rapport de *Human Rights Watch*, *Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*, 2012, p. 2, disponible [en ligne](#).

⁴ C. Heyns, *Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, A/HRC/23/47, 9 avril 2013, §38

⁵ Julien Ancelin, « Les systèmes d'armes létaux autonomes (SALA) : Enjeux juridiques de l'émergence d'un moyen de combat déshumanisé » - Droit international humanitaire et droit du désarmement par, *Revue des droits de l'homme*, 25 octobre 2016, disponible [en ligne](#).

la dernière catégorie consisterait dans le fait qu'un robot pourrait sélectionner la cible, et engager la force sans que l'humain ne puisse intervenir (« *human off the loop* » ou système autonome)¹. Il n'existe pas encore de SALA correspondant à cette dernière catégorie mais certaines armes détenant une part d'autonomie sont d'ores et déjà déployées sur quelques théâtres d'opérations. A titre d'exemples, peuvent être mentionnés le système américain *Phalanx* pour les croiseurs *Aegis* qui détectent, suivent et attaquent automatiquement les missiles et les aéronefs antinavires², le *Harpy* d'Israël qui est un système d'armes autonome de type drone fondé sur le mode «*fire-and-forget*» («tire et oublie»), conçu pour détecter, attaquer et détruire les émetteurs radar³ ou encore les robots sentinelles de surveillance et de sécurité Samsung *Techwin*, déployés dans la zone démilitarisée entre la République populaire démocratique de Corée et la République de Corée, qui détectent des cibles au moyen de capteurs infrarouges. Ils sont actuellement pilotés par des opérateurs humains, mais disposent d'un « *mode automatique* »⁴.

Pour établir une responsabilité, il faut avant tout qu'il y ait une infraction commise par un SALA. A titre d'exemple, un SALA utilisant sa force peut tuer ou blesser un civil. Il peut également détruire des biens à caractère civil ou ne constituant pas d'objectifs militaires légitimes si l'on se situe dans le cadre d'un conflit armé. Les infractions qui pourraient être commises par un SALA seraient donc l'homicide volontaire ou involontaire, les violences, simples ou aggravées et, volontaires ou involontaires, ou encore la destruction de biens. Pour déterminer s'il s'agit d'une infraction volontaire ou involontaire, il conviendra d'établir s'il y avait eu une programmation humaine antérieure ayant entraîné la violation visée. En outre, afin d'établir la présence d'une ou plusieurs circonstances aggravantes, il convient de vérifier la qualité de la victime (s'il existe, par exemple, une vulnérabilité ou un statut particulier par exemple) et également la qualité de l'auteur, ici le propriétaire du SALA impliqué (propriété des forces de l'ordre, d'un groupe armé ou d'un particulier). Pour établir des violations et déterminer le corpus normatif de référence, il s'agira de déterminer si le SALA est déployé dans un cadre de conflit armé ou de maintien de l'ordre public. Dans le premier cas, le droit international humanitaire (DIH) s'appliquera. Selon la définition du Comité International de la Croix Rouge (CICR), le DIH est « *un ensemble de règles qui, pour des raisons humanitaires, cherchent à limiter les effets des conflits armés. Il protège les personnes qui ne participent pas*

¹ Human Rights Watch, “*Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*”, *op. cit.*

² Christof Heyns, Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, *op.cit* ; Voir aussi [rapport en ligne](#).

³ *Ibid*, Voir aussi [rapport en ligne](#).

⁴ *Ibid*, Voir aussi [rapport en ligne](#).

ou plus aux combats et restreint les moyens et méthodes de guerre »¹. Dans le deuxième cas, le corpus du droit international des droits de l'homme (DIDH) tendra à s'appliquer. Ce corpus de droit visant à protéger tout un chacun à travers un certain nombre de droits, inhérents à la personne humaine qui en est titulaire, dont une partie est entérinée par des traités internationaux déterminés². Ainsi lorsqu'un État a ratifié un traité de protection des droits de l'homme, il s'engage à respecter et faire respecter les droits et libertés qu'il contient. Si un État déploie un SALA qui tue un civil, et que ledit État a ratifié un traité protégeant le droit à la vie, sa responsabilité pourrait être engagée devant l'organe veillant à l'application dudit traité.

Force est de constater qu'en raison d'impératifs stratégiques les États sont très impliqués dans le développement des SALA, cela davantage que dans un encadrement juridique rigoureux de ces systèmes, bien que des initiatives soient en cours³. En effet, des programmes de développement d'armes robotisées sont inscrits à l'agenda de plusieurs États depuis quelques années entraînant des dépenses parfois considérables. Par exemple, le ministère de la Défense des États-Unis a dépensé environ 6 milliards de dollars annuellement sur un plan de recherche et de développement concernant les systèmes autonomes de guerre⁴. Les SALA comme les drones - ou véhicules aériens de combat sans pilote - permettent une mise à distance entre les utilisateurs d'arme et la force meurtrière à laquelle ils ont recours. Les drones habilitent les opérateurs à être titulaires de la force meurtrière sans être physiquement présents. Ils peuvent l'employer assis derrière des ordinateurs bien souvent à plusieurs centaines de kilomètres et en tout état de cause à distance de la ligne de feu et sans mettre en péril leur propre vie⁵. Cependant, alors que le drone crée une distanciation entre l'opérateur et la cible, le pouvoir légal est toujours entre les mains d'un être humain au moment de le déclencher. Dans le cas des SALA, le pouvoir légal pourrait ne plus être entre les mains d'un être humain au moment de son déclenchement. En d'autres termes, pour les drones, il y a un homme qui appuie sur le bouton rouge déclenchant

¹ Pour approfondir, voir les ouvrages de référence suivants : Eric David et al., *Code de droit international humanitaire*, 2018, 8e édition, édition Bruylant ; Jean d'Aspremont et Jérôme de Hemptinne, *Droit international humanitaire. Thèmes choisis*, Paris, éditions Pedone, 2012

² Traités pertinents : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Pacte international des droits civils et politiques, Convention américaine relative aux droits de l'homme, Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne etc. Pour approfondir, voir les ouvrages de référence suivants : Ludovic Hennebel et Hélène Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Editions Pedone, 2^{ème} édition, 2018 ; Laure Milano, Frédéric Sudre, Hélène Surrel, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Editions P.U.F., 14^e édition, 2019.

³ Voir notamment, les travaux du groupe d'experts gouvernementaux dans le cadre de la Convention sur certaines armes classiques ; disponible [en ligne](#).

⁴ US Department of Defense, "Unmanned Systems Integrated Roadmap FY2011-2036" Reference Number 11-S-3613, 2011,

⁵ Christof Heyns, Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, *op. cit.*, § 26.

la mort de l'ennemi ; dans le cas du SALA, un homme programme l'élimination de cibles à l'avance en pouvant ne pas intervenir dans le déclenchement de la force. Le déploiement des SALA ferait donc franchir une étape supplémentaire dans cette distanciation¹.

Pour les acteurs en faveur d'un développement et d'un déploiement des SALA, l'intérêt de l'utilisation des SALA pour les armées serait son temps de réaction qui est très inférieur à celui des hommes. Pour ces *aficionados*, compte tenu de l'accélération du rythme auquel se déroulent les guerres, les hommes, à certains égards, sont devenus le maillon faible de l'arsenal militaire et sont donc en train d'être retirés du processus de prise de décisions². En outre, les défenseurs des SALA considèrent que ces robots permettraient un meilleur respect des règles du droit international humanitaire et un progrès militaire légitime. En effet selon eux, les robots ne violent pas ni ne torturent *a priori*. Ils n'agissent jamais par désir de vengeance, sous l'emprise de la panique, de la colère ou de la peur ou en fonction de préjugés. Les mêmes en appellent donc à un encadrement normatif plutôt qu'à une interdiction générale. A contrario, les opposants aux SALA³, qui considèrent que pour des raisons de principe on ne peut accorder à des robots le pouvoir de décider de la vie ou de la mort d'un être humain, appellent à une interdiction générale de l'élaboration, de la production et de l'utilisation des SALA⁴. Selon eux, si les robots sont particulièrement aptes à traiter des questions d'ordre quantitatif, ils n'ont guère les moyens de porter des appréciations qualitatives qui sont par nature subjectives et pourtant souvent nécessaires lorsque des vies humaines sont en jeu et que le DIH s'applique.

Que l'on soit en faveur ou contre le déploiement de ces robots létaux autonomes, pour l'interdiction ou pour un encadrement, la difficulté de la responsabilité en cas de violation du DIDH ou du DIH demeure. En principe, lorsqu'un homme décide d'utiliser la force illégalement, cela peut entraîner des poursuites judiciaires ou disciplinaires et une compensation financière pourra être due à la victime ou à ses ayants-droit. La question se pose alors lorsque l'homme n'exerce pas un contrôle conscient de l'usage de la force mais délègue cela à une machine. Qui peut être potentiellement reconnu comme responsable⁵ ? Le programmeur qui a

¹ Ibid, § 27.

² Ibid, § 53; Ronald Arkin, *Governing Lethal Behaviour in Autonomous Robots* (CRC Press, 2009).

³ Human Rights Watch, "Losing Humanity: The Case Against Killer Robots", *op. cit.* ; Michael Schmitt: «*Autonomous Weapons Systems and International Humanitarian Law: A Reply to the Critics*» Harvard International Security Journal, [disponible en ligne](#) ; le Comité international pour le contrôle des armes robotisées (International Committee on Robot Arms Control, ICRAC) a été créé dans le but de promouvoir une telle interdiction (voir [rapport en ligne](#))

⁴ Christof Heyns, Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, *Ibid.*, § 31, 55 et 56

⁵ Intervention du Professeur Christof Heyns, *Increasingly autonomous weapon systems: accountability and responsibility*, ICRC Expert Meeting *Autonomous weapon systems technical, military, legal and humanitarian aspects*

conçu le programme dirigeant les actions du robot, les supérieurs hiérarchiques militaires qui ont approuvé la programmation, un soldat qui pourrait avoir exercé un contrôle mais a décidé de ne pas le faire ? En cas de défaillance mécanique en cause, qui est responsable¹ ?

Afin de répondre à toutes ces interrogations et plus généralement à notre problématique de l'établissement des responsabilités pour les actes illégaux commis par les SALA, il est essentiel de définir les responsabilités individuelles et la responsabilité de l'État pour garantir le respect de l'obligation de rendre des comptes en cas de violation du DIDH et du DIH². Ainsi, la contribution se déclinera en plusieurs axes envisageant les différentes formes de responsabilités possibles, à commencer par une forme de responsabilité collective incarnée par l'État. Cette première section visera à identifier les obligations des États dans le développement et le déploiement d'une nouvelle arme telle qu'un SALA. Dans la première partie, la responsabilité sera envisagée d'un point de vue plus réflexif et moral sur ce que devrait faire un État respectant ses obligations internationales et souhaitant éviter d'engager sa responsabilité internationale. Cette section visera à anticiper les réflexions que devraient avoir les États sur l'élaboration d'un traité international concernant les armes autonomes. Un raisonnement plus abstrait sera également établi afin d'envisager de quelles manières la responsabilité de l'État pourrait être engagée si un SALA étant sous sa responsabilité commettait une violation (I). Le deuxième temps de cette contribution s'intéressera à l'établissement d'une responsabilité individuelle en cas de violations du DIH commises par un SALA. Il s'agira en effet de rechercher la responsabilité du supérieur militaire hiérarchique dans le cadre du déploiement d'un SALA lors d'un conflit armé (II).

I. LA RESPONSABILITE COLLECTIVE ISSUE DE L'UTILISATION DES SALA : LE ROLE DE L'ÉTAT

Avant le développement d'une intelligence artificielle (IA) telle qu'un SALA qui a vocation à être utilisé par les États, il convient d'appréhender quelles pourraient être les réflexions des États sur le développement de telles technologies et en particulier sur l'instauration d'un cadre normatif adéquat. Cette forme de devoir sera considérée comme une responsabilité en amont des États (A). Ensuite, dans une réflexion *in abstracto*, seront considérées les différentes voies

¹ A 65/321 Rapport à l'AGNU Soixante-cinquième session Point 69 b) de l'ordre du jour provisoire* rapport intérimaire du Rapporteur spécial du Conseil des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Philip Alston, soumis en application de la résolution 63/182 de l'Assemblée § 34

² Human Rights Watch, "Losing Humanity: The Case Against Killer Robots", *op. cit.*, pp. 42-45

de droit disponibles pour engager la responsabilité de l'État en cas de violations commises par un SALA (B).

A. UNE RESPONSABILITE EN AMONT : LA NECESSITE D'INSTAURER UN CADRE NORMATIF CONTRAIGNANT CONCERNANT LES SALA

Afin de prévenir l'engagement de leur responsabilité en cas de violations commises par les SALA, les États devraient respecter leur obligation d'examen des nouvelles armes déjà prévue par le droit international (1) puis anticiper et engager une réelle réflexion autour de la pertinence d'élaborer un traité concernant le déploiement de telles armes en prenant en compte les corpus de droit appropriés tels que le DIH, le DIDH mais aussi le droit du désarmement (2).

1. L'obligation d'examen des nouvelles armes : article 36 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève

Le droit international prévoit que les États doivent examiner leurs armes lorsqu'elles sont nouvelles ou transformées afin de garantir qu'elles ne violent pas les normes internationales. Ces contrôles doivent être mis en place dès le développement des armes et tout au long du processus de production¹. En effet, l'article 36 du Protocole additionnel I du 8 juin 1977 des Conventions de Genève du 12 août 1949 prévoit : « *Dans l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme, de nouveaux moyens ou d'une nouvelle méthode de guerre, une Haute Partie contractante a l'obligation de déterminer si l'emploi en serait interdit, dans certaines circonstances ou en toutes circonstances, par les dispositions du présent Protocole ou par toute autre règle du droit international applicable à cette Haute Partie contractante* ». Les commentaires de 1987 du Protocole I envisageaient déjà l'apparition des armes futures et des conséquences du développement technologique en précisant que « *seuls les gouvernements sont en position d'étudier comme il convient, chez eux et de façon constante, les conséquences de ces progrès techniques, d'identifier les forces qui favorisent l'escalade indépendamment des*

¹ Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977 ; Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmerman (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*. Genève, CICR, et Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

contraintes extérieures et paralysent les efforts de ceux qui demandent plus de sagesse et d'humanité »¹.

Les SALA, devant être considérés comme des armes nouvelles, doivent être soumis à cette obligation d'examen. Un guide du CICR concernant l'article 36 du Protocole Additionnel I, spécifie qu'une arme existante qui est modifiée de telle sorte que cela altère ses fonctions, ou, une arme qui avait déjà fait l'objet d'un examen et qui a été modifiée de manière conséquente, devra faire l'objet d'un nouvel examen.² Cette règle est particulièrement importante pour les SALA qui sont dotés d'algorithmes spécifiques amenés à les faire évoluer en permanence pour les rendre de plus en plus « intelligents ».

2. Les réflexions nécessaires à l'élaboration d'un cadre normatif adapté

Le respect du droit international humanitaire

Le DIH a vocation à limiter l'usage de la violence dans les conflits armés afin d'épargner celles et ceux qui ne participent pas – ou plus – directement aux hostilités et restreindre la violence au niveau nécessaire pour atteindre le but du conflit qui – indépendamment des causes au nom desquelles on se bat – ne peut viser qu'à affaiblir le potentiel militaire de l'ennemi³.

Afin qu'un SALA soit déployé dans le cadre d'un conflit armé, il convient de s'assurer qu'il respectera l'équilibre imposé par le DIH entre le *principe de nécessité militaire* et celui d'*humanité*⁴. Le principe de nécessité militaire implique de pouvoir identifier une cible militaire présentant un avantage et pouvant être attaquée tout en respectant les autres principes inhérents au DIH. Un SALA devrait donc être capable de respecter les autres principes, développés ci-dessous, afin de respecter ce principe de nécessité militaire. Le principe d'humanité interdit aux parties à un conflit d'infliger des maux superflus ou des souffrances inutiles. Pour pouvoir appliquer ce principe, encore faut-il être capable de ressentir de la souffrance, de la compassion ou de la pitié comme tout être humain. Il s'agit de toute évidence du principe du DIH le plus

¹ Commentaires de 1987 relatif au Protocole I, section "Armes Nouvelles" 1476-1478; «Between Peace and War: The Quest for Disarmament», Statement by a Disarmament Study Group of the International Peace Research Association, 3 'Bulletin of Peace Proposals', Oslo, 1977, p. 277, lettre a).

² CICR, *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare*, p. 10.

³ *Un droit dans la guerre ? Cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire*, Marco Sassòli, Antoine A. Bouvier, Anne Quintin avec la collaboration de Juliane García, Volume I Présentation du droit international humanitaire Seconde édition, CICR

⁴ *The Legitimate Use of Military Force: the Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*, Hampshire, Ashgate, 2008, 300 pp. THÜRER Daniel, *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*, in Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 2008, vol. 338, 2011, M. Nijhoff, Leiden, pp. 9-370.

paradoxal à mettre en œuvre pour un robot qui par définition est dépourvu d'humanité. De la balance entre ces principes découlent des principes cardinaux plus concrets que les forces armées doivent mettre en œuvre sur le terrain lors d'un conflit armé : le principe de distinction entre civils et combattants et l'interdiction d'attaquer des personnes hors de combat, le principe de proportionnalité et le principe de précaution.

Le *principe de distinction* qui implique de différencier les combattants et les non-combattants peut s'avérer problématique pour les SALA qui pourront difficilement distinguer un civil et un soldat lorsque tous deux présentent des caractéristiques humaines à ses yeux. En outre, depuis l'apparition d'acteurs non-étatiques sur les théâtres d'opération, cela rendra le respect de ce principe d'autant plus difficile pour un SALA en ce que ces derniers ne portent pas toujours d'uniformes. Le critère utilisé de la « *participation directe aux hostilités* » semble nécessiter un degré de discernement particulièrement haut, qui, pour être programmé, devra envisager une quantité importante de situations objectives que le SALA devra être capable d'identifier et d'adapter à un contexte. Ainsi pour identifier si un combattant est hors de combat, le SALA devra être capable d'identifier si un combattant est blessé ou a expressément démontré sa volonté de se rendre sans aucune intention hostile ou tentative de fuite. Afin d'identifier une telle situation, de puissantes capacités cognitives sont nécessaires, il convient de faire preuve de discernement et d'identifier le potentiel double-jeu d'un ennemi ce qui requière une compréhension très avancée du comportement humain.

Le *principe de proportionnalité* permet de conditionner une attaque militaire aux dommages collatéraux pouvant être occasionnés pour l'atteinte d'un objectif militaire déterminé. Si perte de civils estimée apparaît être disproportionnée par rapport au résultat militaire escompté, le soldat doit renoncer à l'attaque. Le SALA devra donc être capable d'évaluer avec précision un contexte humain tout en faisant des prévisions sur l'avenir. Une telle capacité semble difficile à programmer en dehors d'une prise en compte de données quantitatives importantes étant donné l'infinité de *scenarii* envisageables. Le CICR a d'ailleurs toujours considéré que ce principe était éminemment subjectif par nature¹. Il faudrait donc une intelligence artificielle extrêmement développée pour que le SALA atteigne un niveau de raisonnement proche de celui de l'humain lui permettant de respecter ce principe ou qu'il existe un véritable contrôle humain.

Le *principe de précaution* impose de veiller à épargner les civils et les biens civils durant le déroulement des opérations militaires. Pour qu'un SALA respecte ce principe il devrait

¹ CICR, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750073?OpenDocument> pp. 679, 682

pouvoir être sûr que sa cible est bel et bien un objectif militaire. Le respect de ce principe peut également impliquer de prévenir la population civile avant le lancement d'une attaque afin de l'évacuer. Il paraît peu probable qu'un SALA soit chargé d'une telle mission.

Ces principes cardinaux doivent donc servir de guides pour le développement des SALA et doivent interroger les développeurs sur la création d'une intelligence artificielle capable d'autant de discernement humain. Pour l'heure, aucun robot n'est capable de respecter de tels critères. C'est la raison pour laquelle les développeurs devraient envisager un contrôle humain effectif qui permettrait aux SALA d'agir en permanence sous ce contrôle. En tout état de cause, le CICR considère lui aussi que seule la garantie que ces armes soient déployées sous contrôle humain permettra de respecter le DIH.

Le respect du droit international des droits de l'homme

Le rapporteur spécial Christof Heyns indiquait que « *les gouvernements qui ont la capacité de produire des SALA affirment officiellement ne pas envisager d'utiliser cette technologie lors de conflits armés ou dans un autre contexte* »¹. A cet égard, il convient de rappeler qu'à l'origine les drones ne devaient être déployés que pour des missions de surveillance². Une fois une technologie développée, nul ne peut prédire quel usage en sera fait. Aussi, on peut imaginer que ces robots seraient utilisés dans un cadre purement national de maintien de l'ordre public. Si un jour, des SALA sont déployés pour encadrer une manifestation ou même intervenir lors d'une opération policière qui viserait à délivrer des otages par exemple, il conviendra à l'État qui y a recours de faire respecter le DIDH.

En effet, ces SALA ont la capacité de violer le droit à la vie hautement protégé en droit national et par les traités internationaux³. L'usage de la force létale ne pourrait intervenir qu'en cas de légitime défense⁴. Le droit français, par exemple, prévoit une irresponsabilité pénale si

¹ Christof Heyns, Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires *op.cit*, § 22

² Christof Heyns, Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires *op.cit*, § 29

³ Articles 221-1 à 222-6-3 du Code pénal, Convention européenne des droits de l'homme (art. 2), Pacte international des droits civils et politiques (art. 6), Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne (art. 2), Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 4) et Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 4).

⁴ Article 122-5 du Code pénal :

« *N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accompli, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte.*

les conditions de l'alinéa 1 de l'article 122-5 du Code pénal sont strictement respectées. Il existe une légitime défense en cas d'atteinte à sa propre vie ou à celle d'autrui si le principe de proportionnalité entre la gravité de l'atteinte et le moyen de défense déployé est respecté. S'agissant d'un robot, dépourvu de vie, seule la légitime défense d'autrui dans le respect des critères de la disposition susmentionnée pourrait entraîner une irresponsabilité pénale. Ainsi, le cadre de la légitime défense serait réduit lorsqu'une atteinte à la vie émanerait d'un SALA. Les États devraient donc envisager dans quelles mesures un SALA pourrait utiliser la force létale afin de garantir le respect du droit à la vie.

Le concept de dignité humaine, qui est une des composantes de l'ordre public français¹, est également au cœur du DIDH², les SALA devraient être à même de le respecter avant d'être déployés. Cela semble conceptuellement difficile en ce qu'un robot ne pourra jamais avoir conscience de la valeur d'une vie humaine³. De même le concept de dignité humaine est une notion englobante ne permettant pas de définir précisément quelles obligations l'État devraient remplir pour qu'un SALA puisse la respecter tout en la protégeant s'il était déployé en France.

Le respect du droit du désarmement

Plusieurs traités internationaux imposent des restrictions sur certaines armes en ce qu'elles ne respectent pas le DIH⁴. En effet, les SALA ne pourront pas être dotés de dispositifs expressément prohibés par le droit international existant, tels que des lasers aveuglants, ou encore des agents chimiques et bactériologiques⁵. De même, les armes qui frappent sans distinction et qui causent des dommages inutiles à la population sont interdites. Si après évaluation des SALA, il apparaît que ces derniers ne respecteraient pas le DIH, les États devront envisager d'élaborer un traité d'interdiction pure et simple.

N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction ».

¹ CE, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge.

² Article premier de la Charte des droits fondamentaux « *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ».

³ Rapport de Human Right Watch et de l'IHRC (International Human Rights Clinic), *Mind the Gap - The Lack of Accountability for Killer Robots*, p. 9.

⁴ Traité d'interdiction des mines antipersonnel (1997), Convention sur les armes à sous-munitions (2008), Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques (1925), Protocole III sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires (1980)

⁵ Julien Ancelin, « Les systèmes d'armes létaux autonomes (SALA) : Enjeux juridiques de l'émergence d'un moyen de combat déshumanisé », *op. cit.*, p. 4.

En revanche si des restrictions sembleraient plus appropriées, il conviendra de déterminer quels critères d'utilisation permettront le respect des règles susmentionnées. A ce titre, le droit du désarmement et les instruments connexes fournissent de nombreux exemples des différents types d'instruments de contrôle des armes qui établissent des interdictions ou des restrictions concernant l'utilisation et autres activités. Les types d'activités qui sont en général restreints sont notamment les suivants : i) acquisition, conservation ou stockage ; ii) recherche (fondamentale ou appliquée) et développement ; iii) essai ; iv) emploi ; v) transfert ou prolifération ; et vi) utilisation. La prise en compte des souffrances que les armes causeraient à ses victimes est également un critère mobilisable¹.

En outre, afin de respecter pleinement ce corpus de droit, les États ont la possibilité d'obtenir un avis consultatif concernant les SALA devant la Cour internationale de Justice. Sur requête de l'Assemblée Générale des Nations Unies, du Conseil de sécurité ou de tout autre organe ou agence des Nations Unies habilités, la Cour peut rendre un avis consultatif sur la licéité du déploiement d'une telle arme comme cela avait été fait en 1996 concernant les armes nucléaires².

Ainsi, l'instauration d'un cadre normatif apparaît indispensable en ce que l'existant n'est de toute évidence pas suffisant. Jusque-là, comme l'avait déjà préconisé Philip Alston, il convient de « *demander à tous les États de décréter et d'appliquer des moratoires sur, au moins, l'essai, la production, l'assemblage, le transfert, l'acquisition, le déploiement et l'emploi des [SALA], en attendant la mise en place d'un cadre convenu à l'échelle internationale sur l'avenir des [SALA]* »³

B. LA RESPONSABILITE A POSTERIORI : QUELLES CONDAMNATIONS DE L'ÉTAT EN CAS DE VIOLATION COMMISE PAR UN SALA ?

L'État étant l'instigateur originel du déploiement de ces armes autonomes, l'engagement de sa responsabilité en cas de commission d'actes illégaux par les SALA pourrait être envisagée

¹ *Droit international humanitaire coutumier, Volume 1 Règles*, Jean Marie Henckaerts (CICR) et Louise Doswald-Beck (Commission internationale des juristes), règle 12, p. 54. ; *Guide de l'examen de la licéité des nouvelles armes et des nouveaux moyens et méthodes de guerre - Mise en œuvre des dispositions de l'article 36 du Protocole additionnel I de 1977*, Kathleen Lawand, unité Armes, Division juridique, CICR, 2006 ; Christof Heyns, Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires *op.cit* , § 102 à 105.

² Voir l'avis consultatif de 1996 concernant la légalité de la menace ou de l'utilisation d'une arme nucléaire ; Nils Melzer, « *Human rights implications of the usage of drones and unmanned robots in warfare* », étude pour le Sous-Comité aux droits de l'homme du Parlement européen (2013).

³ *Ibid*, § 113

devant différents organes ou juridictions internationales. C'est l'État qui prend le risque de déployer de telles armes, bien qu'il ne soit pas responsable pénalement, il pourrait répondre des crimes commis par ses robots soit devant la Cour internationale de Justice (1) soit devant les tribunaux nationaux ou devant une instance internationale de protection des droits de l'homme disponible (2).

1. Le rôle de la Cour internationale de Justice

L'État victime d'un SALA déployé par un autre État pourrait saisir la Cour internationale de Justice (CIJ) lui permettant de faire condamner l'État ayant déployé le SALA et obtenir réparation de son préjudice. La Commission du droit international dans son Projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹ a considéré que « *Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale [...]. Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission : a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international et b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État* »². Un fait internationalement illicite par action ou omission attribuable à un État doit consister en une violation d'une obligation internationale de l'État, qui peut avoir ratifié les traités internationaux de DIH et de DIDH pertinents (*cf supra*). L'auteur de ce fait doit être un organe de l'État ce qui inclut évidemment ses forces militaires. Ainsi, si un SALA appartenant à une armée nationale régulière viole une obligation internationale de l'État, tel que le droit à la vie par exemple, la responsabilité de l'État auquel il appartient pourra être engagée pour « *fait internationalement illicite* ». Si un SALA viole une norme clairement définie par une obligation internationale d'un État telle qu'une disposition contenue dans les Conventions de Genève ou dans un traité de droit international des droits de l'homme, alors la responsabilité de l'État pourrait être engagée devant la CIJ si l'État défendeur a ratifié les traités internationaux pertinents. La CIJ pourrait donc s'ériger en forum idéal en cas de litige entre deux États dont les ressortissants de l'État demandeur auraient été victimes de SALA déployés par l'État défendeur. Concernant les victimes, personnes physiques, elles devraient se tourner vers les tribunaux nationaux pour voir condamner l'État responsable de violations de ses SALA (*cf infra*). En effet, la CIJ n'est pas habilitée à recevoir des plaintes d'individus ou de personnes morales autre que l'État, elle a

¹ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, 2001 (attention, vous citez une précédente version, celle de 1997)

² *Idem*, articles 1 et 2.

uniquement vocation à régler des litiges interétatiques¹. Cependant un État peut toujours poursuivre un autre État au nom de ses ressortissants victimes d'un SALA déployé par l'État défendeur².

Bien que la CIJ n'ait pas eu à traiter de nombreuses situations de violations du DIH ou du DIDH, sa compétence matérielle ne lui impose aucun obstacle à juger de telles affaires – à condition que les deux États au litige aient accepté la juridiction de la CIJ. Malheureusement, les deux tiers des États existants n'ont pas reconnu la compétence contraignante de la CIJ et en particulier des acteurs majeurs dans le développement des SALA tels que les États-Unis, la Chine ou la Russie. En somme, la CIJ pourrait donc intervenir dans des cas impliquant des SALA dans le cadre d'un litige entre deux États s'ils s'accordent à se soumettre à la juridiction de la cour – même de manière *ad hoc* pour un cas précis³.

2. La compétence des tribunaux nationaux et des organes juridictionnels de protection des droits de l'homme

La victime d'un SALA souhaitant obtenir réparation de son préjudice pourrait se tourner vers les tribunaux nationaux afin de faire condamner l'État. En France, il est possible d'assigner l'agent judiciaire de l'État pour plusieurs manquements. L'État pourra être condamné devant les tribunaux civils ou administratifs selon le fondement juridique choisi par la victime. En cas d'échec à obtenir une condamnation de l'État et après épuisement des voies de recours internes, la victime pourra alléguer une ou plusieurs violation(s) de ses droits les plus inhérents dans le cadre d'une instance internationale devant un organe juridictionnel⁴, voire quasi-juridictionnel⁵.

Si les proches d'une victime décédée à la suite de l'action d'un SALA n'obtiennent aucune réparation devant les tribunaux nationaux, sans négligence de leur part, alors ils pourront alléguer une violation du droit à la vie devant un organe international de protection des droits

¹ Article 34 (1) du Statut de la CIJ : « *Seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour* »

² CIJ, *Affaire Ambatielos (Grèce c. G.B)*, 19 mai 1953; *Affaire Nottebohm (Liechtenstein. c. Guatemala)* 6 avril 1955.

³ Article 36 (2) du Statut de la CIJ : « *Les Etats parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet : a. l'interprétation d'un traité; b. tout point de droit international; c. la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ; d. la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international* »

⁴ Exemples d'organes juridictionnels internationaux de protection des droits de l'homme : la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour Interaméricaine des droits de l'homme ou encore la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

⁵ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Comité contre la torture des Nations Unies ou encore le rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires

de l'homme chargé de mettre en application un traité ratifié par l'État défendeur. Un État pourrait être condamné pour son action ou son omission dans la survenance du dommage. S'agissant d'une condamnation pour son action directe, cela pourrait être le cas dans l'hypothèse où il aurait lui-même donné l'ordre à des SALA d'encadrer une manifestation et de tirer sur la foule par exemple. L'État serait condamné pour violation directe du droit à la vie en ce qu'il n'aurait pas respecté son devoir de s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière. En cas de condamnation pour omission, il faudrait démontrer que l'État a failli à ses obligations positives de prendre toutes mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction notamment par la mise en place « *d'une législation pénale concrète s'appuyant sur un mécanisme d'application* »¹. En l'occurrence, il conviendrait de démontrer que l'État n'a pas empêché la survenance du dommage produit par le SALA en n'encadrant pas correctement son utilisation par exemple.

Un autre fondement juridique pouvant s'avérer utile serait l'invocation d'une violation du droit à un recours effectif² aux fins de sanctionner l'incapacité d'un système judiciaire national d'entrer en voie de condamnation contre des responsables du SALA ayant commis un crime ou un délit. Le droit à un recours effectif est consacré par le droit international des droits de l'homme³ et bien que d'un traité à l'autre les définitions peuvent varier, toutes convergent vers l'idée qu'un justiciable doit pouvoir faire entendre sa cause, il doit pouvoir avoir accès à un tribunal lorsqu'un de ses droits garantis par un traité international a été bafoué. En l'occurrence, la victime d'un SALA doit pouvoir avoir accès à un recours utile pour faire entendre sa cause et tenter d'obtenir réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi. Ainsi ce droit pourra être aisément mobilisable s'il s'avère difficile pour une potentielle victime d'un SALA d'obtenir réparation de son préjudice et d'avoir accès à un tribunal pour voir un responsable condamné. Ce droit comprend l'obligation pour l'État de mener des actes d'enquêtes et si ces procédures sont concluantes de traduire les responsables devant la justice⁴.

Ainsi après avoir envisagé toutes les formes de responsabilité possibles de l'État en cas de violation commise par un SALA que ce soit au stade de son développement qu'en cas de

¹ *Ibid* 11, pp 819-837 ; CEDH *L.C.B. c. Royaume-Uni*, arrêt du 9 juin 1998 §§36-41 (maladie) ; CEDH (GC) *Calvelli et Ciglio c. Italie*, arrêt du 17 janvier 2002 §§ 51-57 (erreur médicale); CEDH (GC) *Oneryildiz c. Turquie*, arrêt du 30 octobre 2004, §§ 89-90 (activités dangereuses)

² Human Rights Watch, "Losing Humanity: The Case Against Killer Robots", *op.cit* ; IHRC, *Shaking the foundations: The Human Rights Implications of Killer Robots*.

³ *Ibid* 11, pp 1286-1304 ; Déclaration Universelle des droits de l'homme (art. 8), Convention européenne des droits de l'homme (art.13), Pacte International des droits civils et politiques (art. 2.3), Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 25), Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (art. 47)

⁴ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Observations générales n° 31

violations commises après déploiement, il conviendra d'imaginer les formes de responsabilités individuelles autour de la même problématique en cas de crimes commis par un SALA.

II. LA RESPONSABILITE INDIVIDUELLE – L'EXEMPLE DE LA RESPONSABILITE DU SUPERIEUR HIERARCHIQUE MILITAIRE

Quelle réaction adopter lorsque l'entité à l'origine d'un dommage est un robot, ou plutôt un algorithme ? Bien qu'il dispose d'un algorithme qui l'anime, le robot n'en demeure pas moins un objet dénué de conscience. La poursuite judiciaire d'un objet, sans vie, n'est pas un réflexe naturel. Instinctivement il sera donc recherché l'individu responsable de la machine.

Les SALA étant des systèmes d'armes, le contexte militaire semble être l'environnement le plus propice à voir émerger des enjeux de responsabilité. Dans un récent discours, la ministre des armées a indiqué que l'intelligence artificielle (IA) ne se développerait qu'en conformité avec trois grands principes : le respect du droit international, le maintien d'un contrôle humain suffisant, et la permanence de la responsabilité du commandement¹. Ces trois éléments sont ici réunis pour analyser quelle serait la responsabilité du commandant militaire qui aurait perdu le contrôle d'un SALA aboutissant à la commission d'une violation du DIH. La responsabilité individuelle d'une personne qui aurait commis un crime international peut être recherchée aussi bien sur le plan national qu'international. Ainsi, alors que le régime de la responsabilité du supérieur hiérarchique puise ses origines dans le droit international pénal, il demeure toutefois applicable en droit national (A). Une analyse précise de ce régime sera menée afin d'évaluer sa capacité à répondre à l'enjeu de la détermination de la responsabilité des SALA (B).

A. LE REGIME DE LA RESPONSABILITE INDIVIDUELLE DU COMMANDANT MILITAIRE, UN MODE DE RESPONSABILITE TANT NATIONAL QU'INTERNATIONAL

1. La nécessaire transposition d'éléments du droit international pénal comme préalable à des poursuites pénales sur le plan national

La question de l'autonomie grandissante des robots, permise par des algorithmes toujours plus performants, distend de plus en plus le lien entre commandant militaire et machine. Dans

¹ Discours de Florence Parly, ministre des Armées sur l'Intelligence artificielle et défense, 5 avril 2019. Disponible sur https://www.defense.gouv.fr/salle-de-presse/discours/discours-de-florence-parly/discours-de-florence-parly-ministre-des-armees_intelligence-artificielle-et-defense

le cadre des SALA, il paraît parfois bien difficile de rattacher les actions de ce système autonome à une autorité militaire. Cela est d'autant plus problématique lorsqu'il s'agit de crimes pour lesquels une responsabilité individuelle est recherchée. En effet, comme démontré précédemment, un SALA est capable de commettre certains crimes, violant des obligations internationales, notamment du droit des conflits armés. Si ces obligations internationales incombent aux États, elles trouvent souvent leur pendant dans les ordres nationaux qui ont l'obligation de transposer les instruments internationaux les édictant. On note par exemple qu'en droit français, les crimes de guerre, infractions graves aux Conventions de Genève, tels que définis par le Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale (CPI)¹, ont été transposés par une loi et insérés dans le Code pénal français². Ainsi, en matière de responsabilité individuelle sur le plan national, il est nécessaire que les crimes internationaux soient transposés au sein du système pénal de l'État dans lequel les poursuites se déroulent, au risque de se voir opposer un défaut de base légale. Si les poursuites ont lieu dans le cadre d'une juridiction internationale, c'est le Statut de cette juridiction qui servira de base légale de par la définition de sa compétence matérielle énumérant les crimes dont elle peut se saisir.

Ces transpositions se justifient par la nécessité pour un État de disposer de la compétence appropriée pour juger ses ressortissants qui seraient supposément auteurs de crimes internationaux. Eu égard au principe de complémentarité régissant la CPI³, selon lequel les juridictions nationales sont le for prioritaire en matière de crimes internationaux, les États se doivent d'avoir une législation conforme à celle du Statut de Rome pour rendre une justice équivalente. Les États peuvent en effet être frileux au moment de déférer leurs ressortissants devant des juridictions internationales, d'autant plus lorsqu'il s'agit de militaires mis en cause.

Ainsi, de la même façon que pour les crimes internationaux, le régime de la responsabilité du supérieur hiérarchique a été transposé dans les droits nationaux. On trouve ainsi un régime de responsabilité du supérieur militaire identique au sein du Statut de Rome et du code pénal français⁴.

2. La responsabilité du supérieur hiérarchique et l'opportunité d'une analogie entre subordonné et SALA

¹ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, art.8.

² Loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale.

³ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, art.1 et 17.

⁴ Code pénal, Art. 213-4-1.

De prime abord, ce mode de responsabilité paraît intéressant car à l'image d'un soldat, qui comme chaque humain dispose de son libre arbitre et de son autonomie, un SALA va agir de façon autonome. Si le SALA ne peut être *a priori* déclaré pénalement responsable, il est intéressant d'analyser dans quelle mesure le supérieur militaire peut l'être pour le SALA à l'instar de sa responsabilité eu égard à ses troupes avec lesquelles une distance similaire à celle du SALA peut exister.

Depuis l'ère des tribunaux pénaux militaires à la suite de la Seconde Guerre Mondiale, la responsabilité du supérieur hiérarchique militaire est un mode de responsabilité reconnu du droit international pénal¹. Le régime de cette forme de responsabilité a depuis été modelé au gré des jurisprudences, notamment celles des TPIY et TPIR² pour trouver son apogée, ou du moins sa forme la plus aboutie, au sein du Statut de Rome fondant la Cour pénale internationale³. La responsabilité du supérieur hiérarchique trouve également sa place dans les Conventions de Genève⁴ et est considérée comme appartenant au droit international coutumier⁵. Il sera dans cette contribution mis de côté les cas où un supérieur aurait donné des ordres illégaux et l'on pourrait établir une responsabilité directe des crimes découlant de ces ordres. On privilégie ici une forme de responsabilité qui concerne les situations où un supérieur hiérarchique militaire a donné des ordres légaux mais ses subordonnés ont commis un crime pour lequel on considère que le supérieur savait ou aurait dû savoir que ce crime allait être commis et qu'il ne l'a pas empêché ou réprimé. Dans le cas présent il est réalisé une analogie entre la relation supérieur/officier subordonné et supérieur/SALA. Le supérieur hiérarchique militaire donne une mission précise à son subordonné SALA, mais ce dernier ne va pas se comporter conformément aux ordres donnés, à l'image d'un officier récalcitrant. L'insubordination du SALA résiderait cependant dans un dysfonctionnement de sa part. La programmation de sa mission serait conforme au droit mais une mauvaise analyse de la situation par l'IA du système aboutirait à la commission d'un crime.

On considère que le régime de responsabilité du supérieur hiérarchique militaire se compose de trois éléments. Il faut d'abord constater un lien de subordination entre le supérieur et son

¹ Ann Ching, « Evolution of the Command Responsibility Doctrine in Light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *The North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, n°25, 1999, p.172.

² Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, 8 novembre 1994, art.6 par.3 ; Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 25 mai 1993, art.6 par.3.

³ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, art.28.

⁴ *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (Première Convention de Genève), 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, art. 87.

⁵ Jean-Marie Henckaerts et Louis Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1 : *Les règles*, Comité international de la Croix-Rouge, 2005, Règle 153.

subordonné. Le second élément requiert que le supérieur hiérarchique militaire savait, ou, en raison des circonstances aurait dû savoir que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre un crime. Enfin, le supérieur hiérarchique militaire doit empêcher un acte criminel ou à défaut punir le subordonné qui aurait commis l'acte criminel, sous peine de voir sa responsabilité engagée. L'exercice présent consiste à appliquer ce régime à la relation supérieur hiérarchique militaire /SALA.

B. LA RESPONSABILITE DU SUPERIEUR HIERARCHIQUE MILITAIRE, UNE SOLUTION IMPARFAITE FACE A L'ENJEU DE RESPONSABILITE DES SALA

1. Un lien de subordination entre le supérieur hiérarchique militaire et le SALA

Ce lien s'entend comme un contrôle effectif du supérieur hiérarchique militaire sur le subordonné qui lui permet matériellement de prévenir ou punir les actions de ce dernier. La singularité du cas présent réside dans la possibilité de considérer qu'un supérieur hiérarchique militaire a un contrôle effectif sur un système robotique autonome. A priori, si on imagine un système totalement autonome indépendant de toute forme de contrôle¹, il serait impossible d'engager la responsabilité du supérieur hiérarchique militaire puisqu'il n'aurait aucun contrôle dessus et donc aucun lien de subordination. Toutefois, la piste d'un SALA totalement autonome et indépendant d'une volonté humaine est inconcevable dans le milieu militaire, et peu souhaitable de façon générale. Une armée n'acceptera jamais d'avoir une arme qu'elle ne peut pas contrôler et dont l'être humain est totalement absent dans son contrôle. Alors même que les SALA n'existent pas encore, le maintien du contrôle humain est l'un des principes évoqués par la ministre des Armées dans son récent discours sur l'intelligence artificielle².

Ainsi, dès l'instant où le supérieur hiérarchique militaire dispose d'un système lui permettant d'avoir un contrôle sur le SALA, qu'il s'agisse d'un contrôle total des commandes ou simplement d'une fonction désactivant le SALA, on peut considérer que le critère du lien de subordination est rempli. Le supérieur hiérarchique militaire est en mesure de prévenir l'action du SALA, il dispose donc d'un contrôle effectif sur ce dernier.

¹ Thèse souvent reprise dans les rapports de l'ONG Human Rights Watch : « *Mind the gap, the lack of accountability for killer robots* », Human Rights Watch (HRW), 2015 ; « *Making the Case : The Dangers of Killer Robots and the Need for a Preemptive Ban* », HRW, 2016 ; « *Heed the Call, A Moral and Legal Imperative to Ban Killer Robots* », HRW, 2018.

² *Ibid* p. 49

2. La connaissance des faits ou le manquement au devoir de vigilance du supérieur hiérarchique militaire

Cet élément est en quelque sorte l'élément psychologique de ce régime de responsabilité. On dénote qu'il se décline en deux modèles. Il faut donc démontrer que le supérieur hiérarchique militaire savait ou avait des raisons de savoir qu'un crime allait être commis par un SALA. Ainsi un supérieur peut être tenu responsable pour s'être délibérément abstenu de se renseigner sur les propriétés de cette arme. Cette connaissance est très factuelle et prend en compte un grand nombre de critères. Ce critère requiert un examen se basant des éléments très factuels ce qui rend ici l'analyse de la responsabilité appliquée au SALA très compliquée en raison du fait qu'il est aujourd'hui admis que les SALA n'existent pas encore.

La thèse de la responsabilisation du supérieur hiérarchique militaire

Dans cette optique, le simple fait de recourir à un SALA et de le déployer pour une mission aboutit à accepter un risque d'erreur et donc à engager la responsabilité du supérieur hiérarchique militaire. Cela permettrait de responsabiliser le commandant et de l'inciter à ne recourir à un SALA que dans les cas où il est sûr qu'aucune violation ne pourra être commise, cela même en cas de dysfonctionnement du système¹. Certains ont dénoncé que cela était injuste de tenir responsable le supérieur hiérarchique militaire pour une action dont il n'aurait finalement pas été conscient². A cela d'autres répondent que le supérieur hiérarchique militaire est responsable non pas en raison de sa conscience de la possibilité de commission d'un acte répréhensible mais pour avoir manqué à son devoir d'exercer son contrôle³. Avant de déployer le SALA, le supérieur hiérarchique militaire opère une analyse des avantages et des coûts de déploiement au regard du DIH qui constitue une application du principe de précaution⁴. Cette réponse peut apparaître comme peu satisfaisante en ce qu'elle suggère une responsabilité stricte, qui n'est pourtant pas requise à l'égard des subordonnés humains.

La piste de la négligence volontaire

¹ Voir Daniel Hammond, « *Autonomous Weapons and the Problem of State Accountability* », *op. cit.*, p. 665.

² Nathan Reiting, « Algorithmic Choice and Superior Responsibility: Closing the Gap between Liability and Lethal Autonomy by Defining the Line between Actors and Tools », *Gonzaga Law Review*, n°51, 2015, p.113.

³ *Idem.*

⁴ Chantal Grut, « The Challenge to Autonomous Lethal Robotics to International Humanitarian Law », *Journal of Conflict & Security Law*, n°18, 2013, p.19.

Comme la responsabilité du supérieur hiérarchique est extrêmement factuelle, il faudrait plutôt se baser sur des situations où des éléments concrets permettent d'attester que le supérieur hiérarchique militaire savait ou aurait dû savoir qu'un crime allait être commis. L'analyse coût/avantage au regard du DIH ne s'intéresse plus seulement à la question de l'opportunité du déploiement mais aux conditions et au contexte de ce déploiement. L'impossibilité technique pour le commandant de prévoir les actions du SALA a pu faire l'objet de critiques¹. Le supérieur hiérarchique militaire pourrait ne pas avoir une connaissance technique raisonnable pour prévenir la commission d'un crime. Pourtant la connaissance du fonctionnement d'une machine n'est pas un préalable à la responsabilité² et si les SALA sont réellement imprévisibles et non fiables c'est donc que l'être humain n'a pas un réel contrôle dessus, or, comme souligné par le premier critère, le supérieur hiérarchique militaire devrait toujours être en mesure de désactiver le SALA et devrait donc disposer de ce contrôle³. De plus, à l'instar d'un conseiller juridique aidant le commandement à prendre et justifier ses décisions sur le plan du droit, on peut supposer que le supérieur hiérarchique militaire disposera d'un conseiller technique l'informant des capacités et des actions du SALA déployé⁴. Le problème de cette thèse est qu'elle laisse tout de même une part importante d'irresponsabilité. Si le SALA fonctionne normalement, qu'il n'y a pas de dysfonctionnement passé ou apparent, que l'utilisation et la programmation respectent les principes du DIH, il semble difficile de démontrer que les conditions de ce second élément soient satisfaites et donc que le supérieur militaire est responsable⁵.

3. L'absence d'empêchement ou de punition

Les mesures de prévention sont liées à un entretien régulier du SALA et à une évaluation récurrente de ses performances et de son fonctionnement normal. Une absence de test précis pourrait donc engager la responsabilité du supérieur hiérarchique militaire. Toujours en prévision de l'opération, la phase d'analyse coût/avantage au regard du droit peut être considérée comme une mesure de prévention qui aboutit donc à considérer que l'utilisation ne risque pas de déboucher sur une infraction. A défaut de réaliser une telle analyse, le

¹ Voir, Nathan Reitinger, « Algorithmic Choice and Superior Responsibility: Closing the Gap between Liability and Lethal Autonomy by Defining the Line between Actors and Tools », *op. cit.* p.115.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ Emma Schuster, « The intersection of Artificial Intelligence, Military Decision-Making and International Humanitarian Law », Lund University Publication, p.25.

⁵ Voir, Daniel Hammond, « Autonomous Weapons and the Problem of State Accountability », *op. cit.* p.664-665.

commandant pourrait être responsable. Durant l'opération, la mesure principale d'empêchement que le commandant militaire pourrait prendre est la désactivation du SALA. En théorie, le commandant qui suit l'activité du SALA serait accompagné d'un conseiller juridique et d'un conseiller technique. Les deux officiers l'informerait du cours de l'opération et des variables à chaque étape. Si un dysfonctionnement ou un usage contrarié pourrait aboutir à une violation du DIH, le commandant bien informé serait donc en mesure d'interrompre la mission.

Le volet punitif de la responsabilité du supérieur hiérarchique ne se limite pas à une sanction contre l'auteur de l'infraction, c'est aussi le devoir d'enquêter et d'établir les faits qui entourent la commission du crime. Ainsi le supérieur hiérarchique militaire qui dans le cas où un SALA a commis un crime n'ouvre pas une enquête pour établir quelle est la cause exacte de ce crime pourrait voir sa responsabilité engagée pour une absence de mesures répressives. Dans notre cas précis l'enquête portera avant tout sur le (dys)fonctionnement du SALA. Cette enquête peut naturellement déboucher sur une responsabilité humaine, par exemple celle d'un officier ayant opéré une programmation contraire au DIH. Elle peut également rester lettre morte en ce qu'aujourd'hui même les spécialistes ne comprennent pas totalement le fonctionnement interne d'un système d'IA¹.

On note ainsi qu'il est des cas où un responsable hiérarchique militaire qui utiliserait un SALA, et qui aurait manqué à certaines de ses obligations, devrait être considéré comme responsable pour les faits commis par ce système. Toutefois, le spectre du régime de la responsabilité du supérieur hiérarchique militaire est limité et poreux en ce qu'on ne peut l'adouer comme un régime qui couvrirait l'ensemble des situations où un commandant militaire utilise un SALA. Ainsi, le commandant qui ne commet pas d'impair, eu égard au régime qui vient d'être établi, ne peut être tenu responsable alors même qu'une violation du droit international a été commise sous son autorité. Ce régime apparaît dès lors incomplet et le problème d'une responsabilité sans faille des crimes commis par un SALA irrésolu.

De cette étude il ressort une certaine insatisfaction liée au fait d'une inaptitude à appliquer les mécanismes de responsabilité juridique existants aux SALA. En effet, tant sur le plan étatique, qui fait essentiellement face à des problématiques de compétence liées à la ratification nécessaire des traités internationaux pertinents, que sur le plan individuel, où l'élément

¹ David Gunning, « *Explainable Artificial Intelligence (XAI)* », Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA), 2018.

intentionnel fait défaut, les régimes de responsabilité semblent défailants ou du moins imparfaits. La nécessité d'un nouveau régime de responsabilité, ou d'une adaptation des régimes existants, semble dès lors nécessaire. À ce titre on peut souligner une résolution récente, pour le moins atypique, issue du Parlement européen en date du 16 février 2017. La résolution propose en effet « *la création, à terme, d'une personnalité juridique spécifique aux robots, pour qu'au moins les robots autonomes les plus sophistiqués puissent être considérés comme des personnes électroniques responsables, tenues de réparer tout dommage causé à un tiers ; il serait envisageable de conférer la personnalité électronique à tout robot qui prend des décisions autonomes ou qui interagit de manière indépendante avec des tiers* »¹. Cette proposition, au-delà de provoquer l'ire d'experts en intelligence artificielle de tous les domaines (juriste, scientifique ou industriel)², reste assez floue. Cette responsabilité prendrait en réalité la forme d'une sorte de capital associé au robot qui en cas de dommages servirait à indemniser les victimes³. Si cette proposition pourrait convenir sur le plan civil à des accidents domestiques, elle est beaucoup plus dérangeante sur le plan pénal pour une application à des robots de guerre. Il suffirait en effet à un État de doter ses SALA de capitaux suffisamment importants pour indemniser les victimes. L'État pourrait ainsi avoir une approche moins scrupuleuse des règles du DIH en sachant que les dégâts collatéraux, bien qu'involontaires, causés par un SALA seraient réparés financièrement. À nouveau cette piste ne résout pas le problème de la responsabilité des SALA mais elle a le mérite de démontrer que c'est un sujet d'intérêt croissant pour des institutions variées.

¹ Résolution du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2103(INL)), 16 février 2017.

² Lettre ouverte à la commission européenne sur l'intelligence artificielle et la robotique, signée par 285 experts. Disponible sur <http://www.robotics-openletter.eu/>

³ Daniel Recous, « *Droit de la robotique : le robot et l'IA demeurent juridiquement des objets non responsables de leurs acte* », *L'Humanité*, 22 décembre 2018.

LE CRIME DE CHANGEMENT ANTICONSTITUTIONNEL DE GOUVERNEMENT

Ghislain MABANGA, Docteur en droit public

Avocat, ancien vice-président de l'Association du Barreau près la Cour pénale internationale

Chargé d'enseignements à l'Université Paris Nanterre

Résumé :

Apport incontestable de l'Afrique au droit international pénal, le crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement enrichit l'arsenal du juge pénal international en le sortant du domaine usuel des crimes de masse. Il l'engage cependant au cœur de la politique étatique, un sentier glissant où ce juge n'est pas certain de trouver tous ses repères. La Cour pénale africaine est-elle prête à se lancer dans cette délicate entreprise de transformation du droit international pénal ? Les lignes qui suivent tenteront de répondre à cette question.

Abstract :

As the undeniable contribution of Africa to international criminal law, the crime of unconstitutional change of government enriches the arsenal of the international criminal judge by removing it from the restrictive field of mass crimes. However, he commits him to the heart of state politics, a slippery path where this judge is not certain to find all his bearings. Is the African Criminal Court ready to embark on this delicate undertaking of transformation of international criminal law? The following pages will attempt to answer this question.

Mots clés :

Alternance démocratique – assassinat politique – coaction – complicité – coup d'État – coup de force – instigation – ordre constitutionnel – perpétration – putsch – rébellion – responsabilité pénale.

Le 27 juin 2014, la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine (UA) adoptait à Malabo, en Guinée équatoriale, un protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme (CAJDH)¹. Ce texte ajoutait à cette future cour une section de droit international pénal², communément appelée *African Criminal Court*³, en français « Cour pénale africaine » (CPA)⁴. La compétence *ratione materiae* de cette juridiction comprend, non seulement des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale (CPI) – en l'occurrence le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité –, mais aussi des crimes spécifiques parmi lesquels figure celui de changement anticonstitutionnel de gouvernement⁵.

La raison d'être d'une telle incrimination est double. Il s'agissait, d'un côté, de mettre un terme au cycle de violences politiques dont souffrait le continent africain depuis l'accession de nombre de pays à l'indépendance⁶. En effet, il a été dénombré, entre 1960 et 2012, une soixantaine de coups d'État militaires, le Nigéria et le Burkina-Faso battant le record avec six coups d'État réussis chacun⁷. Dans cette même période, 21 chefs d'État ont péri lors d'assassinats politiques, le premier étant le Togolais Sylvanus Olympio, assassiné le 13 janvier 1963⁸, le dernier, assassiné le 20 octobre 2011, étant le Libyen Muammar Kadhafi⁹. D'un autre côté, il fallait combattre ce fléau à la source dès lors qu'il est établi qu'il est généralement

¹ Protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme, adopté par la 23^e session ordinaire de la Conférence tenue à Malabo, Guinée équatoriale, le 27 juin 2014, ci-après « le Protocole de Malabo ».

² Voir Godfrey M. MUSILA, « The Role of the African Union in International Criminal Justice: Force for Good or Bad? », in Evelyn A. ANKUMAH (ed.), *The International Criminal Court and Africa: One Decade On*, Intersentia, Cambridge, 2016, p. 332.

³ Gerhard WERLE, Moritz VORMBAUM, « Creating an African Criminal Court », in Gerhard WERLE, Moritz VORMBAUM (eds.), *The African Criminal Court: A Commentary on the Malabo Protocol*, La Haye, Asser Press, 2017, p. 3 ; Harmen VAN DER WILT, « Unconstitutional Change of Government: A New Crime within the Jurisdiction of the African Criminal Court », in Charles C. JALLOH, Kamari M. CLARKE, Vincent O. NMEHILLE (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 619.

⁴ Ghislain MABANGA, « Le droit international pénal saisi par la politique. Regard critique sur la Cour pénale internationale à l'ère de la justice régionale africaine », in Catherine MAIA, Jean-François AKANDJI-KOMBE et Jean-Baptiste HARELIMANA (dir.), *L'apport de l'Afrique à la justice internationale pénale*, L'Harmattan, Paris, 2018, p. 75.

⁵ L'article 28A, § 1 du Statut de la CAJDH, amendé par le Protocole de Malabo, est ainsi libellé : « *Sous réserve du droit de faire appel, la Section du droit international pénal de la Cour a compétence pour juger les crimes prévus ci-dessous : 1) Génocide ; 2) Crimes contre l'humanité ; 3) Crimes de guerre ; 4) Crime relatif au changement anticonstitutionnel de gouvernement ; 5) Piraterie ; 6) Terrorisme ; 7) Mercenariat ; 8) Corruption ; 9) Blanchiment d'argent ; 10) Traite des personnes ; 11) Trafic illicite de stupéfiants ; 12) Trafic illicite de déchets dangereux ; 13) Exploitation illicite des ressources naturelles ; 14) Le crime d'agression* ».

⁶ Patrick J. MCGOWAN, « Coups and Conflict in West Africa, 1955-2004 », *Armed Forces and Society*, vol. 32, 2005, p. 1.

⁷ Douglas KIMEMIA, *Africa's Social Cleavages and Democratization: Colonial, Postcolonial, and Multiparty Era*, Lexington Books, New York, 2016, p. 49.

⁸ Fulbert Sassou ATTISSO, *Le mal togolais. Quelle solution ?*, L'Harmattan, Paris, 2015, p. 25.

⁹ Luiz Alberto MONIZ BANDEIRA, *The Second Cold War: Geopolitics and the Strategic Dimensions of the USA*, Springer, Cham, 2017, p. 200.

provoqué par le refus d'alternance démocratique et l'inamovibilité des gouvernants africains, dont on pense que, « depuis 1960, [...] moins de 20 % d'entre eux ont renoncé au pouvoir ou ont pris leur retraite volontairement »¹.

Plusieurs instruments régionaux seront ainsi adoptés dans le but d'atteindre ce double objectif². Le ton sera donné par une décision prise à Alger en 1999, par laquelle la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'UA déclarait « le rejet total par l'Union africaine des changements anticonstitutionnels de gouvernement et sa détermination à mettre un terme définitif à ce fléau, qui sape les avancées enregistrées dans le processus de démocratisation en cours sur le continent et constitue une menace à la paix et à la sécurité en Afrique »³. Par la suite, l'Acte constitutif de l'UA du 7 novembre 2000 se fixera l'ambitieux objectif de « consolider les institutions et la culture démocratiques, [de] promouvoir la bonne gouvernance et l'État de droit »⁴. Il posera en conséquence que « les Gouvernements qui accèdent au pouvoir par des moyens anticonstitutionnels ne sont pas admis à participer aux activités de l'Union »⁵. L'UA condamnera désormais ouvertement les changements anticonstitutionnels de gouvernement⁶, même ceux intervenus dans d'autres continents⁷. Elle mettra aussi systématiquement en application la Déclaration de Lomé en suspendant les pays dont le régime en place était issu d'un coup d'État⁸. Tel fut le cas de la Guinée, des îles Fidji et de Madagascar en 2009⁹. Entre-temps, la Conférence de l'UA, tenue à Addis-Abeba le 30 janvier 2007, avait

¹ Charles FOMBAD et Nathaniel A. INEGBEDION, « Limites du mandat présidentiel et leurs impacts sur le constitutionnalisme en Afrique », in Charles FOMBAD et Christina MURRAY (eds), *Fostering Constitutionalism in Africa*, Pretoria University Law Press, Pretoria, 2010, p. 184.

² Sur l'arsenal juridique mis en place par l'Union africaine en matière de condamnation et de rejet des changements anticonstitutionnels de gouvernement, lire, notamment : Faustin TABALA KITENE, *Le statut des sanctions contre les changements anticonstitutionnels de gouvernement dans les textes et la pratique de l'Union africaine. Contribution à l'étude de la production des normes par les organisations internationales*, Thèse, Gand, 2013, § 111-152, pp. 64-86 ; Joseph KAZADI MPIANA, « L'Union africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement », *Revue québécoise de droit international*, vol. 25-2, 2012, pp. 101-141.

³ Décision sur la prévention des changements anticonstitutionnels de gouvernement et le renforcement des capacités de l'Union africaine à gérer de telles situations, Assembly/AU/Dec. 269(XIV) Rev.1, 1999, p. 1.

⁴ ORGANISATION DE L'UNITE AFRICAINE, *Acte constitutif de l'Union africaine*, adopté à Lomé, le 7 novembre 2000, entré en vigueur le 26 mai 2001, p. 3 (ci-après l' « Acte constitutif de l'UA »).

⁵ Art. 30 de l'Acte constitutif de l'UA.

⁶ Sur cette question, lire Rachidatou ILLA MAIKASSOUA, *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Un organe de contrôle au service de la Charte africaine*, Karthala, Paris, 2013, n° 881, p. 381.

⁷ Par une déclaration en date du 3 juillet 2009, la Conférence de l'UA devait condamner « le coup d'État qui a eu lieu [au Honduras le 28 juin 2009] et qui a conduit au renversement du Président démocratiquement élu, Jose Manuel Zelaya » (Déclaration de la Conférence de l'Union sur le coup d'État au Honduras, adoptée par la 13^e session ordinaire de la Conférence à Syrte [Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste], le 3 juillet 2009).

⁸ COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, *Rapport sur la gouvernance en Afrique*, t. II, Commission économique pour l'Afrique, Addis-Abeba, 2009, p. 207.

⁹ Alison DUXBURY, *The Participation of States in International Organisations: The Role of Human Rights and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 311.

adopté une Charte de la démocratie, des élections et de la gouvernance¹. Son article 23², considéré comme témoin de la réaction collective de l'Union contre des « *comportements infraétatiques* »³, prévoit le cas de changement anticonstitutionnel de gouvernement, dont le contenu restera inchangé, du moins dans ses grandes lignes⁴, jusqu'au Protocole de Malabo.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que toutes ces déclarations d'intention n'ont pas eu d'effet dissuasif. Témoin, la résurgence des violences politiques en 2008 qui a poussé l'UA à adopter une décision condamnant fermement les changements anticonstitutionnels de gouvernement⁵. C'est dans ce contexte qu'est intervenu le Protocole de Malabo qui insère au Statut de la future CAJDH un article 28E intitulé « *Crime relatif au changement anticonstitutionnel de gouvernement* ».

L'intérêt de cette incrimination est certain. Elle constitue, en effet, une innovation juridique de taille. L'on sait, en effet, que ni le droit constitutionnel comparé⁶ ni le droit international⁷ ne consacrent ce crime. On a ainsi affirmé que « *les "changements anticonstitutionnels" sont des questions de fait, des questions sociales, des questions politiques qui intéressent le sociologue, le politiste ou l'historien mais pas le juriste pour qui le travail, dans l'épistémologie positiviste, commence avec le droit* »⁸. Ce crime est même inconnu du droit international pénal, la justice pénale internationale étant généralement perçue comme une

¹ Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, adoptée par la 8^e session ordinaire de la Conférence tenue le 30 janvier 2007 à Addis-Abeba, document n° Assembly/AU/Dec. 147 (VIII).

² L'article 23 de la Charte est ainsi libellé : « *Les États parties conviennent que l'utilisation, entre autres, des moyens ci-après pour accéder ou se maintenir au pouvoir constitue un changement anticonstitutionnel de gouvernement et est passible de sanctions appropriées de la part de l'Union : 1/ Tout putsch ou coup d'État contre un gouvernement démocratiquement élu ; 2/ Toute intervention de mercenaires pour renverser un gouvernement démocratiquement élu ; 3/ Toute intervention de groupes dissidents armés ou de mouvements rebelles pour renverser un gouvernement démocratiquement élu ; 4/ Tout refus par un gouvernement en place de remettre le pouvoir au parti ou au candidat vainqueur à l'issue d'élections libres, justes et régulières ; 5/ Tout amendement ou toute révision des Constitutions ou des instruments juridiques qui porte atteinte aux principes de l'alternance démocratique* ».

³ Matthieu FAU-NOUGARET, « Introduction générale », in Matthieu FAU-NOUGARET et Luc Marius IBRIGA (dir.), *L'architecture de paix et de sécurité en Afrique. Bilan et perspectives*, L'Harmattan, Paris, 2014, p. 13.

⁴ À l'intervention de groupes dissidents armés ou de mouvements rebelles prévue par la Charte, le Protocole de Malabo ajoutera l'assassinat politique. Il complètera aussi la criminalisation des révisions constitutionnelles adémocratiques par celle de la loi électorale dans le but de maintenir illégalement au pouvoir les gouvernants en exercice.

⁵ UA, Décision sur la résurgence du fléau des coups d'État en Afrique, doc. n° Assembly/AU/Dec. 220 (XII), p. 1.

⁶ Rafâa BEN ACHOUR, « Rapport introductif », in Rafâa BEN ACHOUR (dir.), *Les changements anticonstitutionnels de gouvernement. Approches de droit constitutionnel et de droit international*, actes du colloque organisé les 4 et 5 avril 2013 à Tunis, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2014, p. 11.

⁷ Thomas ROSE, « Human rights in Africa: The African criminal court », in M. Raymond IZARALI, Oliver MASAKURE, Bonny IBHAWOH (eds.), *Expanding Perspectives on Human Rights in Africa*, Routledge, Londres, 2019, p. 39.

⁸ Dominique ROUSSEAU, « Une théorie juridique des changements anticonstitutionnels de gouvernement est-elle possible ? », in R. BEN ACHOUR (dir.), *Les changements anticonstitutionnels de gouvernement*, op. cit., p. 64.

réponse aux crimes de masse¹. On a ainsi affirmé, avec raison, que, si l'histoire contemporaine est riche en changements anticonstitutionnels de gouvernement, « *ni le droit constitutionnel, ni a fortiori le droit international ne leur réservaient un cadre ou un régime juridique spécifique* »².

Le caractère inédit de cette incrimination suscite cependant une double interrogation, à laquelle cette étude tentera de répondre. Quel est, en effet, son contenu (I) ? Est-elle, en l'état, applicable sur le continent africain, en faisant l'objet d'une répression certaine (II) ?

I. LE CONTENU DE L'INCRIMINATION : UNE INFRACTION INNOVANTE

L'article 28E du Statut de la CAJDH, relatif au crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement, est ainsi libellé : « *1. Aux fins du présent Statut, "changement anticonstitutionnel de gouvernement" signifie le fait de commettre ou d'ordonner de commettre les actes suivants, avec l'intention d'accéder ou de se maintenir illégalement au pouvoir : a) un putsch ou un coup d'État militaire perpétré contre un gouvernement démocratiquement élu ; b) toute intervention de mercenaires visant à renverser un gouvernement démocratiquement élu ; c) toute intervention de dissidents armés ou de mouvements rebelles ou à travers l'assassinat politique destinée à renverser un gouvernement démocratiquement élu ; d) tout refus d'un gouvernement en place de remettre le pouvoir au parti ou au candidat sorti vainqueur d'élections libres, justes et régulières ; e) tout amendement ou révision de la Constitution ou des instruments juridiques, considéré comme une violation des principes du changement démocratique de gouvernement ou non conforme à la constitution ; f) toute modification substantielle des lois électorales durant les six (6) mois précédant les élections sans le consentement de la majorité des acteurs politiques. 2. Aux fins du présent Statut "un gouvernement démocratiquement élu" est défini conformément aux instruments juridiques de l'Union africaine* ».

Tel que présenté, ce crime est constitué d'un ensemble d'actes de nature à ébranler l'ordre constitutionnel établi, soit par une accession illégale au pouvoir, soit par un refus d'alternance démocratique. En dépit des particularités certaines (A), ces différents actes comportent néanmoins quelques traits communs (B).

¹ Phil CLARK, « The challenges of international criminal law in addressing mass atrocity », in Bruce A. ARRIGO, Heather Y. BERSOT (eds), *The Routledge Handbook of International Crime and Justice Studies*, Routledge, Oxon, 2014, p. 164.

² R. BEN ACHOUR, « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 11.

A. ELEMENTS COMMUNS

Qu'y a-t-il en commun entre les différents actes constitutifs de changement anticonstitutionnel de gouvernement ? On a affirmé, à cet effet, que l'idée générale qui se dégage de cette incrimination c'est que ses actes constitutifs ont tous en commun le fait que « *they threaten democratically elected governments and procedures* »¹. Plus clairement, il s'agit des actes de nature à porter atteinte à l'ordre constitutionnel établi en donnant une estocade à l'alternance démocratique organisée par la Constitution. Ils supposent donc, d'une part, la légalité du pouvoir établi (1) et, de l'autre, une intention criminelle particulière (2).

1. La légalité du régime en place

Cette condition concerne uniquement les actes matériels d'accession illégale au pouvoir. En effet, ceux-ci ne sont constitutifs du crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement que s'ils ont été perpétrés contre « *un gouvernement démocratiquement élu* ». Il se posera donc à la CPA, dans la qualification de changement anticonstitutionnel de gouvernement par accession illégale au pouvoir, la question préalable de la détermination d'un gouvernement démocratiquement élu. Il faudrait, d'abord, déterminer le juge compétent sur cette question (a), avant d'aborder le contenu même de la notion de changement anticonstitutionnel de gouvernement (b).

a. Le juge de l'action est aussi celui de l'exception

Il peut arriver que la défense conteste la qualification de changement anticonstitutionnel de gouvernement en soutenant que le régime que le suspect ou l'accusé entendait renverser n'était pas démocratiquement élu. Il est manifeste qu'il s'agit là d'une question relevant du droit constitutionnel, et non du droit pénal. Or la réponse à cette question est déterminante parce que d'elle dépend la qualification ou non du crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement. En effet, selon que la réponse à cette question sera positive ou négative, ce crime sera établi ou non. Mais quel est le juge habilité à trancher cette question ? La CPA doit-elle

¹ H. VAN DER WILT, « Unconstitutional Change of Government: A New Crime within the Jurisdiction of the African Criminal Court », *op. cit.*, p. 624.

répondre à cette question ou, au contraire, considérer qu'il s'agit d'une question préjudicielle à renvoyer à la connaissance des juridictions nationales ?

Deux raisons principales s'opposent à la seconde alternative. D'une part, la question préjudicielle ne s'impose à un juge que lorsqu'elle est expressément prévue par un texte. C'est le cas de l'article 267 du Traité sur l'Union européenne¹. Des législations nationales prévoient aussi des exceptions préjudicielles en matière pénale, qui obligent le juge pénal à surseoir à statuer jusqu'au videment du litige par la juridiction compétente². En l'absence d'une disposition similaire dans le Statut de la CAJDH, il n'existe aucune base juridique qui contraindrait la CPA à surseoir à statuer et renvoyer aux juridictions nationales la détermination de la nature démocratique d'une élection.

D'autre part, la CPA a toute latitude de connaître de cette question en vertu du principe « *le juge de l'action est le juge de l'exception* », qui « *permet en effet au juge répressif, saisi d'une infraction pénale déterminée qui relève de sa compétence, de statuer à propos de cette infraction sur les questions de droit civil ou de droit administratif qu'elle pose incidemment* »³. À ce titre, elle est compétente pour « *connaître d'une question ou exception préalable* »⁴. Elle devra donc, pour apprécier l'existence d'un changement anticonstitutionnel de gouvernement par accession illégale au pouvoir, s'imprégner des notions du droit constitutionnel pour déterminer le contenu de la notion de « gouvernement démocratiquement élu ».

b. La notion de « gouvernement démocratiquement élu »

Qu'est-ce qu'un « gouvernement démocratiquement élu » ? Cette expression peut être entendue, non seulement au sens strict (i), mais aussi au sens large (ii).

¹ L'article 267 de ce texte est ainsi libellé : « *La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais* » (Traité sur l'Union européenne (version consolidée), *Journal officiel de l'Union européenne*, C 202, 7 juin 2016, p. 164).

² On peut citer, à titre d'exemple, l'article 384 du code français de procédure pénale, qui dispose que « *le tribunal saisi de l'action publique est compétent pour statuer sur toutes les exceptions proposées par le prévenu pour sa défense, à moins que la loi n'en dispose autrement, ou que le prévenu n'excipe d'un droit réel immobilier* ».

³ Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 26^e éd., Paris, 2017, n° 695, p. 606.

⁴ Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, LexisNexis, 11^e éd., Paris, 2018, § 1343, p. 788.

i. *Au sens strict*

Le Protocole de Malabo répond à cette question comme suit : « *Aux fins du présent Statut, "un gouvernement démocratiquement élu" est défini conformément aux instruments juridiques de l'Union africaine* »¹. Il faudrait donc interroger ces instruments pour y trouver la définition d'un tel gouvernement *stricto sensu*. Le premier de ces instruments est la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, qui pose un certain nombre de principes de sa mise en œuvre, qualifiés de « *droit commun de la démocratie* »². Parmi eux figure « *la tenue régulière d'élections transparentes, libres et justes* »³. À cette fin, les États se sont engagés à : « *1.- Créer et renforcer les organes électoraux nationaux indépendants et impartiaux, chargés de la gestion des élections ; 2.- Créer et renforcer les mécanismes nationaux pour régler, dans les meilleurs délais, le contentieux électoral ; 3.- Faire en sorte que les partis et les candidats qui participent aux élections aient un accès équitable aux médias d'État, pendant les élections ; 4.- Adopter un code de conduite qui lie les partis politiques légalement reconnus, le gouvernement et les autres acteurs politiques avant, pendant et après les élections. Ce code contient un engagement des acteurs politiques à accepter les résultats des élections ou de les contester par des voies exclusivement légales* »⁴. La Déclaration de l'Union africaine sur les principes régissant les élections démocratiques, du 8 juillet 2002, va dans le même sens⁵.

Il s'ensuit qu'un régime sera qualifié de « *gouvernement démocratiquement élu* » s'il est le résultat d'élections régulières, mais aussi transparentes, libres et justes. Deux notions apparaissent clairement ici : la régularité et la légalité.

La *régularité* suppose que les élections se tiennent à des échéances régulières prévues par la Constitution. Ainsi, un régime démocratiquement élu à l'origine peut cesser de l'être lorsque, au terme de son mandat, le chef de l'Etat en place se maintient au pouvoir par la force. C'est le cas d'un chef d'Etat qui, arrivé en fin de mandat et frappé par la limitation du nombre de

¹ Art. 28E-2 du Statut de la CAJDH.

² Blaise TCHICAYA, « La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance », *Annuaire français de droit international*, vol. 54, 2008, p. 519.

³ Art. 3-4 CADEG.

⁴ Art. 17 CADEG.

⁵ On peut, en effet, y lire : « *Les élections démocratiques doivent être organisées : a) de manière libre et transparente ; b) selon des constitutions démocratiques et en conformité avec les instruments juridiques pertinents ; c) selon un système de séparation des pouvoirs garantissant, en particulier, l'indépendance du judiciaire ; d) à des intervalles réguliers, tel que stipulé dans les Constitutions nationales ; e) par des institutions électorales impartiales, sans exclusive, compétentes et dotées d'un personnel bien formé et équipé de moyens logistiques adéquats* » (Déclaration sur la démocratie, la gouvernance politique, économique et des entreprises, Sommet de l'Union africaine, Durban, 8 juillet 2002, point II-4).

mandats, empêche l'organisation de l'élection présidentielle et se maintient au pouvoir sous couleur du principe de la continuité de l'Etat¹.

La *légalité* renvoie à la notion d'élection *réellement concurrentielle*, qui se traduit par « *une compétition sincère ou loyale* »². La CPA devrait donc s'assurer que le pouvoir en place est issu d'élections réellement libres et transparentes, confirmées par une juridiction de l'élection réellement indépendante. Elle ne devrait donc pas se contenter d'une proclamation formelle des résultats par les institutions électorales, souvent contrôlées par le pouvoir en place. Le principe de l'autonomie du droit pénal l'oblige ainsi à ne pas se sentir liée par la décision d'une juridiction de l'élection inféodée au pouvoir et proclamant vainqueur le candidat du pouvoir aux termes d'une élection fortement contestée et manifestement émaillée de fraudes massives. Elle se servira, pour ce faire, de tous les éléments de preuve disponibles, notamment des rapports de missions d'observation électorale, des reportages de presse et des témoignages des acteurs de l'élection, pour s'assurer que les résultats proclamés par les institutions électorales et confirmés par le juge de l'élection reflètent globalement la sincérité du scrutin.

La CPA ne devrait cependant pas se substituer au juge de l'élection en proclamant ses propres résultats, même s'il détient des éléments de preuve de nature à déterminer le vrai vainqueur du scrutin contesté. Son rôle consiste simplement, dans la qualification du crime sous examen, à déterminer qu'un gouvernement a été ou non démocratiquement élu, non seulement au sens strict, mais aussi au sens large du terme.

ii. Au sens large

En définitive, le crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement vise à protéger l'ordre constitutionnel établi dans un régime politique démocratique. Or si l'existence de celui-ci est incontestable dans une démocratie électorale, des monarchies constitutionnelles contemporaines sont aujourd'hui considérées comme des démocraties à part entière. Qu'il suffise de citer l'exemple du Royaume-Uni de Grande Bretagne qui, tout en étant une monarchie, n'est pas moins considérée comme « *le chef de file ou la référence des pays fondateurs du droit constitutionnel* »³. Dans ce contexte, un « gouvernement démocratiquement

¹ Lire, sur cette question, Ghislain M. MABANGA, *Le principe de la continuité de l'Etat : issue de secours à la prohibition du troisième mandat ? Analyse critique de l'arrêt de la Cour constitutionnelle congolaise du 11 mai 2016*, L'Harmattan, Paris, 2016, n° 64, pp. 121-122.

² Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ-Lextenso, 32^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2018, n° 282, p. 185.

³ *Id.*, § 439, p. 271.

élu » signifierait tout simplement un « gouvernement légal », c'est-à-dire arrivé au pouvoir conformément à la Constitution d'un État démocratique.

Il appartiendra, dans ce cas aussi, à la CPA d'apprécier souverainement la légalité du régime en place à l'aune de l'organisation générale du pouvoir politique dans l'État concerné. S'il peut, à cet effet, refuser au gouvernement d'une monarchie absolue le caractère d'un « gouvernement démocratiquement élu », il n'aura aucune difficulté pour assurer la protection d'une monarchie constitutionnelle contre un changement anticonstitutionnel de gouvernement. Son pouvoir d'appréciation sera encore plus grand s'agissant des États en voie de démocratisation. En effet, suivant les efforts fournis par les uns et les autres, elle pourra reconnaître le régime en place comme un « gouvernement démocratiquement élu » suivant son degré de démocratisation, même s'il se trouve encore dans un état embryonnaire. C'est le cas du Maroc dont il a été dit que, « *si la démocratie [...] n'est pas encore un fait concret, il s'agit certainement d'un phénomène démocratique en gestation* »¹. Elle pourra en conséquence, sanctionner tout changement anticonstitutionnel de gouvernement dans cet État, pour autant que le ou les auteurs de ce crime aient été animés d'une intention criminelle particulière : le dol spécial.

2. La particularité de l'intention criminelle : nécessité d'un dol spécial

Contrairement à la condition de l'existence d'un « gouvernement démocratiquement élu », qui ne s'applique qu'aux actes matériels d'accession illégale au pouvoir, celle relative à la particularité de l'intention criminelle s'applique à tous les actes matériels de changement anticonstitutionnel de gouvernement, sans distinction. Effet, la CPA ne peut retenir des actes matériels de changement anticonstitutionnel de gouvernement que s'ils ont été perpétrés dans le cadre d'un *dol spécial*. Ici, « *le mobile est pris en compte par le législateur, lorsqu'un dessein déterminé est érigé en élément intentionnel* »². Celui-ci diffère cependant suivant que les actes matériels concernés ont été commis dans le cadre de l'accession illégale au pouvoir ou du refus d'alternance démocratique.

Dans le premier cas, le Statut de la CPA exige que l'acte ait été commis « *avec l'intention d'accéder [...] illégalement au pouvoir* »³. Ainsi, dans l'hypothèse d'un assassinat politique, la CPA devra rechercher si, par son acte, l'auteur avait l'intention d'accéder au pouvoir par des

¹ Hynd SAIDI AZBEG, *Processus de démocratisation et monarchie constitutionnelle au Maroc*, Thèse, Bordeaux, 2014, p. 416.

² Xavier PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 8^e éd., Paris, 2016, n° 190.

³ Art. 28 E-1 du Statut de la CAJDH.

mécanismes extraconstitutionnels. En l'absence de ce dol spécial, la qualification de changement anticonstitutionnel de gouvernement ne sera pas retenue, les faits relevant, dans ce cas, de la compétence des juridictions répressives nationales.

En revanche, s'il s'agit d'un acte matériel consistant au maintien illégal au pouvoir, la CPA devra démontrer qu'en posant les faits incriminés, l'auteur avait agi « *avec l'intention [...] de se maintenir illégalement au pouvoir* »¹. Ainsi, dans le cas de révision de la Constitution ou de la loi électorale, elle devra démontrer que l'agent avait fait procéder à ladite révision dans l'intention de se maintenir illégalement au pouvoir. Étant donné que l'agent agira souvent sous l'apparence de la légalité, en respectant les règles de forme prévues par la Constitution, l'illégalité de la révision sera recherchée dans l'intention criminelle de l'agent. Cette intention sera généralement présumée si les modifications opérées l'ont été dans une période suspecte et à l'avantage du pouvoir en place. Tel est le cas si un chef d'État frappé par la limite d'âge ou du nombre de mandats², ou les deux³, fait modifier la Constitution ou la loi électorale par sa majorité pour contourner ces obstacles. Il lui appartiendra, pour renverser cette présomption, de démontrer qu'il n'avait pas l'intention de se maintenir au pouvoir. Le fait que l'intéressé ne se soit pas représenté à l'élection présidentielle organisée par la suite est un moyen de défense admissible. Il en irait cependant autrement si cette non-représentation était le résultat de pressions de la rue ou de la communauté internationale. Ces précisions étant données, il importe à présent d'examiner, de manière particulière, tous les actes constitutifs de crimes de changement anticonstitutionnel de gouvernement.

¹ Art. 28 E-1 du Statut de la CAJDH.

² L'article 101, alinéa 1^{er}, de la Constitution rwandaise du 26 mai 2003 interdisait à Paul Kagamé de briguer un troisième septennat en 2017. Il leva cet obstacle par l'adoption de la Constitution du 18 décembre 2015, aux termes de laquelle « *le Président de la République est élu pour un mandat de cinq [5] ans. Il peut être réélu une seule fois* » (Art. 101 de la Constitution de la République du Rwanda de 2003 révisée en 2015, *Official Gazette*, numéro spécial, 24 décembre 2015, p. 96). Il pouvait ainsi se faire réélire jusqu'en 2027.

³ Né le 23 novembre 1943, le Congolais Denis Sassou-Nguesso était âgé de 72 ans en 2015. Après un premier septennat de 2002 à 2009, il avait été réélu pour un autre septennat qui expirait en 2016. Or la Constitution de 2002 disposait que le président de la République n'est rééligible qu'une fois (art. 57). Par ailleurs, aux termes de la même Constitution, pour candidater aux fonctions de président de la République, l'impétrant devait avoir quarante ans au moins, et soixante-dix au plus (art. 58). M. Sassou-Nguesso était donc doublement disqualifié à l'élection présidentielle de 2016, en raison de la limite d'âge et du nombre de mandats électoraux. La Constitution qu'il fit adopter par référendum en 2015 (Constitution de la République du Congo adoptée par référendum le 25 octobre 2015, *Journal officiel de la République du Congo*, édition spéciale n° 8, 6 novembre 2015) lui permit de lever ce double obstacle à sa réélection. Désormais, le chef de l'État serait élu pour un mandat de cinq ans renouvelable deux fois (art. 64, al. 4), soit pour une période consécutive de quinze ans. Par ailleurs, si l'âge minimum du candidat était abaissé à trente ans, l'âge maximum, lui, était purement et simplement supprimé de la Constitution (art. 66). Le président s'assurait ainsi une réélection continue jusqu'à ses 88 ans.

B. ÉLÉMENTS PARTICULIERS

Qu'est-ce qu'un changement anticonstitutionnel de gouvernement ? Des développements qui précèdent, on devrait bien se douter que le terme « gouvernement » ne s'entend pas ici dans son sens restreint de « *collège dirigé par le premier ministre et formé par les ministres, à l'exclusion du chef de l'État* »¹. Il doit plutôt être compris dans son sens large, comme « *synonyme de l'ensemble des pouvoirs publics* »². Dans ce contexte, un changement anticonstitutionnel de gouvernement suppose que l'ordre constitutionnel établi a été violenté, soit à l'initiative des opposants voulant renverser le régime en place (1), soit à celui des gouvernants enclins à se maintenir au pouvoir au-delà de la limite de leur mandat (2).

1. L'accession illégale au pouvoir

Le crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement protège d'abord le pouvoir en place contre toute accession extraconstitutionnelle au pouvoir. Le Statut de la CAJDH réprime à cet effet, non seulement des infractions matérielles (a), mais aussi des infractions inchoatives (b).

a. Infractions matérielles

On entend par infraction matérielle celle dans laquelle « *le résultat est un élément même de l'infraction. Celle-ci n'est consommée que par la réalisation du dommage* »³. Deux types d'infractions matérielles sont prévus au titre de changement anticonstitutionnel de gouvernement. Il s'agit, d'une part, des actes visant à déposer un pouvoir établi (i) et, de l'autre, des actes visant à l'élimination physique des gouvernants (ii).

i. *Les actes visant à déposer un pouvoir établi : Le coup de force et le coup d'État*

Le changement anticonstitutionnel de gouvernement par accession illégale au pouvoir intervient généralement lors des « *transformations violentes [entraînant] [...] des modifications ou des destructions de régimes* »⁴, en l'occurrence un putsch ou un coup d'État. Ces deux actes

¹ J. GICQUEL et J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit. § 1228, p. 687.

² Michel-Henri FABRE, *Principes républicains de droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1977, p. 12.

³ Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 26^e éd., Paris, 2019, n° 247, p. 237.

⁴ Marcel PRELOT et Jean BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 11^e éd., Paris, 1990, n° 102, p. 198.

matériels représentent deux notions différentes qui sont souvent confondues. On a pu ainsi lire : « *Les observateurs des affaires africaines sont depuis longtemps habitués aux putschs, où des membres de forces armées renversent des chefs d'État en exercice au cours d'opérations qui peuvent être marquées par des bains de sang, ou, au contraire, par leur [relative] absence. Ces coups d'État peuvent être le résultat d'une planification préméditée, le prolongement d'actions plus spontanées, telles que les mutineries, ou une combinaison complexe des deux* »¹. D'autres encore ont affirmé qu'il y avait deux méthodes d'accession au pouvoir : la méthode élective et le coup de force. Ce dernier est défini comme « *l'arrivée à la gestion du pouvoir de l'État [...] par le renversement militaire* »², ce qui ne fait apparaître aucune différence avec le coup d'État.

À la vérité, ces deux actes matériels représentent deux réalités différentes, même s'ils ont, tous les deux, comme résultat le renversement du régime en place. En effet, un putsch, aussi appelé « coup de force », est essentiellement d'origine privée, « *exécuté par un homme ou un groupe d'hommes qui en assument la direction, selon un plan préparé longuement et méthodiquement dans ses moindres détails* »³. En revanche, le coup d'État, lui, est d'origine publique parce qu'il est le résultat d'une partie des pouvoirs publics qui s'insurge contre l'autre. On le qualifie de « militaire » lorsqu'il émane « *d'un corps public subordonné, comme l'armée qui s'érige alors en pouvoir politique* »⁴. Cela suppose que le coup d'État peut aussi émaner d'un autre corps politique qui ne soit pas l'armée. La scène qui se passe en République démocratique du Congo (RDC) en septembre 1960 permet de mieux cerner cette notion. En effet, par une ordonnance en date du 5 septembre 1960, prise sur le fondement de l'article 22 de la Constitution⁵, le chef de l'État, Joseph Kasa-Vubu, décidait de révoquer le premier ministre Patrice-Emery Lumumba, accusé de dérive communiste et d'attiser la guerre civile. Il désignait le président du Sénat, Joseph Iléo, comme formateur d'un nouveau gouvernement⁶. Réagissant à cette révocation, qu'il jugeait inconstitutionnelle⁷, Lumumba convoquera

¹ Klaas VAN WALRAVEN, « "Opération Somme" : La *French Connection* et le coup d'État de Seyni Kountché au Niger en avril 1974 », *Politique africaine*, n° 134, juin 2014, p. 133. Le soulignement a été ajouté.

² Roger MANDUNDA MUKAMBA, *La psychologie politique des dirigeants africains*, L'Harmattan, Paris, 2016, p. 22.

³ M. PRELOT et J. BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 199.

⁴ *Ibid.*

⁵ L'article 22 de la loi fondamentale du 19 mai 1960 relatives aux structures du Congo dispose, en effet, que « *le Chef de l'État nomme et révoque le Premier Ministre et les Ministres* » (*Moniteur congolais*, n° 21 bis, 27 mai 1960, p. 1538).

⁶ Jean-Claude WILLAME, « La révocation de Lumumba », in Jean-Claude WILLAME, (dir.), *Patrice Lumumba. La crise congolaise revisitée*, Karthala, Paris, 1990, p. 369.

⁷ Le premier ministre Lumumba se fondait alors sur l'article 43 de la Constitution qui dispose que « *la responsabilité solidaire du Gouvernement est mise en cause par le dépôt d'une motion de défiance* ». Il devait donc déclarer : « *Le gouvernement ayant été démocratiquement élu par la nation, ayant obtenu la confiance absolue du parlement, il ne pouvait être révoqué que s'il perdait la confiance du peuple* » (« Coup de théâtre au

d'urgence et présidera nuitamment un conseil des ministres qui déclarera le chef de l'État « traître à la partie ». Dans une allocution à la Radio-Léopoldville, il devait, après avoir déclaré nulle et non avenue sa révocation et celle de certains de ses ministres¹, affirmer : « *Il n'y a plus de chef d'État dans notre pays. Il n'y a plus ce soir qu'un gouvernement populaire* »². Par un vote du 7 septembre 1960, le Sénat lui renouvelait sa confiance par 49 voix pour et 7 abstentions³. Le 13 septembre 1960, le parlement réuni en congrès lui confiait les pleins pouvoirs « *pour que l'ordre soit rétabli* »⁴. Il s'agissait là manifestement d'une tentative de coup d'État⁵ orchestré par le gouvernement Lumumba contre le chef de l'État. En réaction à ce vote, Joseph Kasa-Vubu devait, par une ordonnance du 14 septembre 1960, ajourner les chambres pour un mois. C'est dans ce contexte de forte tension que Joseph-Désiré Mobutu, alors chef d'état-major de l'armée, devait « *neutralise[r] le chef de l'État et le Gouvernement, et installe[r] un Conseil des commissaires généraux. On est ici en face d'un véritable coup d'État* »⁶. On voit clairement ici qu'à une tentative d'un coup d'État « politique » s'est succédé un coup d'État militaire, le tout émanant d'une partie des pouvoirs publics.

Il faut préciser que l'échec de la tentative de coup d'Etat de Lumumba était essentiellement dû à l'absence de soutien de l'armée, Mobutu ayant pris ses distances avec Lumumba. Il est donc certain que, si Lumumba avait eu le soutien de l'armée, la destitution de Kasa-Vubu aurait été effective et Lumumba aurait pris le pouvoir. Précisons, toutefois, que, s'il y a peu de chance qu'un coup d'Etat politique puisse aboutir sans le soutien de l'armée, on peut très bien imaginer l'hypothèse où, sans intervenir pour protéger le régime en place, les forces armées adoptent une attitude passive qui permette la réalisation d'un coup d'Etat politique.

Dans ce contexte, le Protocole de Malabo paraît réducteur en ne retenant, comme constitutif de changement anticonstitutionnel de gouvernement, que le coup d'Etat militaire aux côtés du coup de force. On lui préférera le texte de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, qui condamne « *tout putsch ou coup d'État contre un gouvernement*

Congo. Le président Kasavubu révoque le cabinet Lumumba », *Feuille d'avis de Neuchâtel*, n° 208, 6 septembre 1960, p. 13).

¹ « Coup de théâtre au Congo », *op. cit.*, p. 1.

² *Id.*, p. 13.

³ J.-C. WILLAME, « La révocation de Lumumba », *op. cit.*, p. 400.

⁴ *Id.*, p. 404.

⁵ La sécurité de Joseph Kasa-Vubu étant désormais assurée par l'ONU et le chef d'état-major de l'armée, Joseph-Désiré Mobutu, ayant pris ses distances avec Lumumba (voir, à ce sujet, J.-C. WILLAME, « La révocation de Lumumba », *op. cit.*, p. 396), ce dernier ne réussit pas à obtenir le renversement effectif du président Kasa-Vubu.

⁶ Félix VUNDUAWA TE PEMAKO et Jean-Marie MBOKO DJ'ANDIMA, *Droit constitutionnel du Congo. Textes et documents fondamentaux*, vol. I, Harmattan-Academia, Louvain-la-Neuve, 2012, p. 349.

démocratiquement élu »¹. En effet, qu'il soit politique ou militaire, un coup d'Etat a, par nature, vocation à renverser l'ordre constitutionnel établi, au même titre qu'un assassinat politique.

ii. *Les actes visant à l'élimination physique des gouvernants : L'assassinat politique*

Comme en France², nombre des pays africains définissent l'assassinat comme étant un homicide volontaire commis avec préméditation. Certains pays y ajoutent le meurtre commis par empoisonnement³, le meurtre commis « pour préparer, faciliter ou exécuter un crime ou un délit, ou pour favoriser la fuite ou assurer l'impunité des auteurs ou complices de ce crime ou de ce délit »⁴, mais aussi le guet-apens⁵. À l'instar du meurtre, l'assassinat suppose, au préalable, un acte matériel homicide, c'est-à-dire « le fait de donner illégalement et volontairement la mort à un être humain »⁶. Cet acte suppose l'établissement du décès de la victime, d'un lien de causalité entre ce décès et l'acte de l'agent, et d'une intention homicide.

Par décès, il faut entendre la mort physique de la victime. En l'absence de la mort physique dûment constatée, il ne saurait y avoir d'homicide, lors même que la victime se trouverait dans une situation de quasi-mort, telle qu'un arrêt cardiaque, un coma prolongé ou un état végétatif. La preuve du décès de la victime sera normalement établie par un certificat médical⁷ ou, à défaut, par un constat judiciaire sur le cadavre de la victime, après avoir préalablement procédé à son identification⁸.

Peu importe le moyen par lequel la mort est donnée à la victime. Qu'il ait utilisé une arme ou exécuté la victime par strangulation, étouffement ou empoisonnement, l'agent sera poursuivi du chef d'homicide volontaire dès lors qu'il sera établi que, par son fait, la victime a trouvé la mort.

Un lien causal suffisant entre le décès constaté et le comportement de l'agent doit être établi. Il doit, en effet, être établi que la mort physique de la victime résulte d'un acte ou d'une omission de l'agent. Un simple discours, même d'une violence rare, promettant une mort

¹ Art. 23 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance.

² L'article L. 221-3 du Code pénal français est ainsi libellé : « *Le meurtre commis avec préméditation constitue un assassinat. Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité* ».

³ Art. 276-b du code pénal camerounais.

⁴ Art. 276-c du code pénal camerounais.

⁵ Art. 199, al. 1^{er}, du code pénal malien.

⁶ TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Affaire n° ICTR-96-4-T, Ch. 1^{re} inst. I, Jugement, 2 septembre 1998, § 589.

⁷ CPI, *Le Procureur c. Muammar Mohamed Abu Minyar Qadhafi, Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi*, Affaire n° ICC-01/11-01/11, Ch. pré. I, Décision de mettre fin à la procédure engagée contre Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, 22 novembre 2011, ICC-01/11-01/11-28-tFRA, p. 3.

⁸ CPI, *Le Procureur c. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Raska Lukwiya, Dominic Ongwen*, Affaire n° ICC-02/04-01/05, Ch. pré. II, Décision de mettre fin à la procédure engagée contre Raska Lukwiya, 11 juillet 2007, ICC-02/04-01/05-248-tFRA, p. 2.

imminente à la victime, ne constitue pas, en soi, un lien causal suffisant pouvant prouver l'acte homicide dans le chef de l'agent, même si, il est vrai, il peut être considéré comme étant un « suspect officieux »¹ pouvant naturellement faire l'objet d'un interrogatoire de police.

Que faire cependant si le ou les auteurs de l'acte homicide font disparaître le cadavre pour empêcher les poursuites ? Il faudrait relever, à cet égard, que, en tant que juridiction pénale, la CPA est conduite, dans son fonctionnement, par le principe de la liberté de la preuve, qui suppose que « *l'existence d'une infraction peut être établie par les modes de preuve admis par la loi, sans qu'aucun d'eux ne soit exclu ou au contraire privilégié* »². Elle peut donc, même en l'absence de cadavre, former son intime conviction³ sur la matérialité de l'acte homicide à partir des éléments du dossier formés par d'autres éléments de preuve, notamment le témoignage et la présomption judiciaire.

L'élément moral est requis pour caractériser un assassinat politique. Cet élément comprend trois volets. Il doit, en effet, être démontré, d'abord, que l'agent était animé d'une intention homicide ; qu'il avait, ensuite, prémédité son acte et que, enfin, son acte revêtait un mobile politique. Le premier volet consiste donc en l'*animus necandi*, c'est-à-dire l'intention de causer la mort physique de la victime. Il est donc, dans ce contexte, exigé que « *le geste de violence ait été porté avec l'intention de tuer et qu'il y ait eu concomitance entre l'acte et l'intention* »⁴. Si l'agent avait simplement l'intention de frapper ou de blesser la victime et que, néanmoins, celle-ci est décédée des suites de ses blessures, il sera poursuivi du chef d'homicide préterintentionnel, et non d'homicide volontaire⁵. La question de savoir si un acte relève de l'homicide volontaire ou de l'homicide préterintentionnel est une circonstance de fait qui relève de l'appréciation souveraine du juge. Celui-ci retiendra, dans son appréciation, notamment « *l'arme employée, la nature des blessures, le nombre de coups portés* »⁶.

L'intention homicide ne suffit pas, à elle seule, à caractériser l'assassinat. Encore faudrait-il que l'agent ait prémédité son acte, c'est-à-dire qu'il l'ait suffisamment mûri et décidé avant de passer à l'acte. Il est donc, à cet effet, requis que l'agent « *ait patiemment conçu le projet de tuer avant de commettre l'acte qui donne la mort, et non qu'il ait nourri cette intention en même*

¹ Ghislain M. MABANGA, *Le témoin assisté devant la Cour pénale internationale. Contribution à l'évolution du droit international pénal*, LGDJ, Paris, 2017, n° 146, p. 98.

² Frédéric DESPORTES et Laurence LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e éd., Paris, 2016, § 560, p. 413.

³ Sur la notion de l'intime conviction, lire, notamment, S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, § 526, p. 459 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, § 626, pp. 467-468.

⁴ Gaston VOGEL, *Les pandectes – Droit pénal*, Larcier, Bruxelles, 2016, n° 482.

⁵ Jean-Pierre FOFE DJOFIA MALEWA, *La question de la preuve devant le Tribunal pénal international pour le Rwanda. Le cas Cyangungu*, L'Harmattan, Paris, 2006, pp. 162-163.

⁶ Gaston VOGEL, *Les pandectes – Droit pénal*, Larcier, Bruxelles, 2017, n° 489.

temps qu'il accomplissait l'acte »¹. Le Tribunal de cassation de France jugeait donc, à juste titre, « *qu'ou il n'y a point d'homicide prémédité, il n'y a point d'assassinat* »². Cet élément est manifeste dans le guet-apens, celui qui tend un piège à la victime pour le mettre à mort ayant nécessairement prémédité son acte. Il l'est moins dans le meurtre commis pour faciliter une infraction ou en assurer l'impunité. En effet, si l'on peut se douter que celui qui, à visage découvert, a violé la victime qui le connaissait, et qui l'a tuée par la suite, peut être considéré comme ayant prémédité son meurtre pour en faciliter l'impunité, la préméditation n'est pas évidente pour celui qui, après avoir violé la victime, s'aperçoit qu'une tierce personne avait, tapie dans l'ombre, assisté à la scène. Par suite, s'il décide de la tuer pour assurer l'impunité de son viol, il ne saurait être regardé comme ayant prémédité ce meurtre, décidé sur le coup. On ne saurait donc parler d'assassinat dans ce cas de figure.

Si l'assassinat est retenu, les juges devront encore déterminer sa nature politique. Il s'agit donc d'une infraction qualifiée de politique par le législateur, et qui répond à tous les critères d'infractions politiques³. En effet, l'assassinat sera qualifié de politique si la victime a été ciblée parce qu'elle était un gouvernant, d'une part, et, d'autre part, que sa disparition était de nature à opérer un changement anticonstitutionnel de gouvernement. Sera donc réputée avoir commis un assassinat politique, l'épouse d'un chef d'État qui, agissant en complicité ou en coaction avec des puissances étrangères désireuses de renverser son mari, empoisonnerait ce dernier. En revanche, si c'est pour se venger d'une infidélité conjugale que cette femme a empoisonné son mari, cet assassinat relèvera du droit commun et relèvera, en conséquence, de la compétence des juridictions répressives nationales.

Rappelons, enfin, que le Protocole de Malabo a ajouté un dol spécial à tous les actes constitutifs de changement anticonstitutionnel de gouvernement par accession illégale au pouvoir. Le crime doit, en effet, avoir été commis « *avec l'intention d'accéder [...] illégalement au pouvoir* ». Ceci appelle deux observations. La première c'est que l'assassinat politique prévu et puni par le Statut de la CAJDH vise la seule fonction de chef d'État, parce qu'elle est, seule, de nature à provoquer « *l'abrogation de l'ordre constitutionnel antérieur* »⁴. Le décès des

¹ TPIR, *Le Procureur c. Laurent Semanza*, Affaire n° ICTR-97-20-T, Ch. 1^{re} inst. III, Jugement et sentence, 15 mai 2003, § 339.

² Cass. crim, *Catherine Jureux*, 17 Fructidor an VII, *Bulletin des jugements du Tribunal de cassation rendus en matière criminelle*, t. III, du 4 Messidor au 26 Fructidor an VII, imprimerie de la République, Paris, an VIII, p. 323.

³ Selon que l'on se fonde sur le critère objectif ou subjectif, l'infraction politique est celle dont l'objet est politique ou dont le mobile de l'auteur est politique (Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 26^e éd., Paris, 2019, § 204, pp. 197-198).

⁴ M. PRELOT et J. BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 200.

autres animateurs des institutions de la République (premier ministre, président d'assemblées parlementaires ou chefs de juridictions suprêmes) ne pouvant, en effet, aboutir à un tel résultat.

La seconde c'est que l'assassinat du chef de l'État doit avoir vocation à opérer un changement anticonstitutionnel de gouvernement, c'est-à-dire l'abrogation de l'ordre constitutionnel antérieur. Ce sera souvent le cas lors d'un putsch ou d'un coup d'État si l'assassinat du chef de l'État en exercice faisait partie de leur plan d'exécution. C'est le cas au Burkina Faso où l'assassinat du président Thomas Sankara et de ses douze camarades le 15 octobre 1987 avait été exécuté sur ordre du capitaine Blaise Compaoré¹, qui prit le pouvoir par la suite. On se trouve, dans cette hypothèse, face à deux actes matériels de changement anticonstitutionnel de gouvernement : le putsch ou le coup d'État, d'une part, et l'assassinat politique, d'autre part. En effet, s'il est vrai qu'un coup d'État ou un coup de force est souvent accompagné des actes de violence², l'assassinat, pas plus que tout autre acte de violence physique, n'en est cependant pas un élément constitutif³. Il constitue une infraction distincte, de sorte que le juge pénal régional retiendra les deux qualifications (coup d'État/coup de force et assassinat politique). Le Statut de la CAJDH n'aborde pas la question du concours d'infractions. Il devrait, à ce sujet, utilement s'inspirer du Statut de Rome qui prévoit, en l'espèce, le principe de non-cumul⁴ pour toutes les infractions, qu'elles soient matérielles ou inchoatives.

b. Infractions inchoatives

On entend par infraction inchoative celle qui, par la volonté du législateur, est cristallisée dès la commission des actes préparatoires⁵. Il s'agit d'une infraction formelle qui « *existe*

¹ Immanuel NESS, Zak COPE, *The Palgrave Encyclopedia of Imperialism and Anti-Imperialism*, vol. I, Palgrave MacMillan, New York, 2016, p. 217.

² D. KIMEMIA, *Africa's Social Cleavages and Democratization: Colonial, Postcolonial, and Multiparty Era*, op. cit., p. 48.

³ Ainsi, il n'est pas exclu qu'un coup d'État ait lieu sans qu'un seul coup de feu ne soit tiré. C'est le cas au Congo-Léopoldville où, dans la nuit du 23 au 24 novembre 1965, le Haut-Commandement de l'Armée nationale congolaise déposa le président Joseph Kasa-Vubu et confia le pouvoir à son chef d'état-major, le lieutenant-général Joseph-Désiré Mobutu. Kasa-Vubu se retira dans sa ferme au Mayumbe où il trouva la mort le 24 mars 1969 (Voir Emizet François KISANGANI, *Historical Dictionary of the Democratic Republic of the Congo*, Rowman & Littlefield, 4^e éd., New York, 2016, p. 338).

⁴ L'article 78-3 du Statut de Rome de la CPI dispose : « *Lorsqu'une personne est reconnue coupable de plusieurs crimes, la Cour prononce une peine pour chaque crime et une peine indiquant la durée totale d'emprisonnement. Cette durée ne peut être inférieure à celle de la peine individuelle la plus lourde et ne peut être supérieure à 30 ans ou à celle de la peine d'emprisonnement à perpétuité prévue à l'article 77, paragraphe 1, alinéa b)* ».

⁵ Lire, sur cette question, Olivier DE FROUVILLE, *Droit international pénal. Sources, incriminations, responsabilité*, Pedone, Paris, 2012, pp. 110-111.

*indépendamment de tout dommage, même si le résultat voulu par l'agent n'a pas été obtenu »*¹. Dans ce contexte, le Statut de la CAJDH criminalise l'intervention de combattants armés destinée à renverser un régime démocratiquement élu. Ainsi, contrairement au coup d'État et au coup de force qui nécessitent le renversement du pouvoir en place, ici, le crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement existe par le seul fait qu'il y a eu intervention de mercenaires (i), de dissidents armés ou de mouvements rebelles (ii).

i. L'intervention de mercenaires visant à renverser un gouvernement démocratiquement élu

Le mercenariat est une pratique très ancienne, dont on trouve les traces dans l'Antiquité², qui permet aux soldats de métier de vendre leurs services aux princes et États étrangers. Une première définition du mercenaire apparaît au Protocole I, additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949. Il s'agit de toute personne : « *a) qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé ; b) qui en fait prend une part directe aux hostilités ; c) qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie ; d) qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit ; e) qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit ; et f) qui n'a pas été envoyée par un État autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit État »*³.

Dans le processus de décolonisation de l'Afrique, le mercenariat apparaît très tôt comme un moyen de faire échec au processus d'autodétermination. Il sera mis hors la loi par une convention de l'Organisation de l'unité africaine de 1977⁴ qui, s'il reprend presque mot-à-mot la définition du mercenaire donnée par le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949⁵, érige le crime de mercenariat dans le chef de tout individu, groupe ou association,

¹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 247, p. 237.

² Josiane TERCINET, « Les mercenaires et le droit international », *Annuaire français de droit international*, vol. 23, 1977, p. 269.

³ Art. 47 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté à Genève le 8 juin 1977, (NATIONS UNIES, *Recueil des traités*, 1979, p. 294).

⁴ ORGANISATION DE L'UNITE AFRICAINE, Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique, Libreville, 3 juillet 1977, document n° CM/817, Annexe II Rev.1. (ci-après « Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat »).

⁵ L'article 1^{er} reprend fidèlement la définition du mercenaire donnée à l'article 47 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, à la seule différence que la rémunération proposée au mercenaire doit

représentants de l'État ou l'État lui-même, qui se rendrait coupable d'actes de nature à opposer la violence armée à un processus d'autodétermination, à la stabilité ou à l'intégrité territoriale d'un autre État, à savoir : « a) *abriter, organiser, financer, assister, équiper, entraîner, promouvoir, soutenir ou employer de quelque façon que ce soit des bandes de mercenaires ; b) s'enrôler, s'engager ou tenter de s'engager dans les dites bandes ; c) permettre que dans les territoires soumis à sa souveraineté ou dans tout autre lieu sous son contrôle, se développent les activités mentionnées dans l'alinéa a) ou accorder des facilités de transit, transport ou autre opération des bandes susmentionnées* »¹.

À cette définition, la Convention internationale de 1989 ajoute des faits concernant directement un changement anticonstitutionnel de gouvernement : « *Le terme "mercenaire" s'entend également, dans toute autre situation, de toute personne : a) Qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour prendre part à un acte concerté de violence visant à : i) renverser un gouvernement ou, de quelque autre manière, porter atteinte à l'ordre constitutionnel d'un État ; ou ii) porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un État* »². Il précise que le crime de mercenariat se cristallise dès lors que l'agent « *prend une part directe à des hostilités ou à un acte concerté de violence, selon le cas* »³. Cette précision est d'importance. En effet, alors que la convention africaine criminalise le seul fait de s'enrôler ou de s'engager dans une bande de mercenaires, la convention internationale exige, elle, que l'agent ait pris directement part à des hostilités ou à un acte concerté de violences, notamment de nature à renverser un gouvernement ou à porter autrement atteinte à l'ordre constitutionnel établi. Elle se rapproche donc le plus du Protocole de Malabo qui punit « *toute intervention de mercenaires visant à renverser un gouvernement démocratiquement élu* »⁴.

Le crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement par intervention de mercenaires ne nécessite donc pas un résultat de renversement effectif d'un gouvernement démocratiquement élu. La seule « intervention », c'est-à-dire une participation effective aux hostilités, suffit. Sera donc coupable de changement anticonstitutionnel de gouvernement, un combattant étranger, recruté par l'opposition ou par des puissances étrangères, qui prendrait part à un commencement d'exécution d'un coup d'État ou d'un putsch. Tel est, notamment, le

simplement être matérielle, sans qu'elle soit obligée d'être « *nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie* ».

¹ Art. 2 de la Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat.

² Art. 1-2-a de la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (Nations Unies, 1990, document n° Ch_XVIII_6, VOL-2).

³ Art. 3 de la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires.

⁴ Art. 28E-1-b du Statut de la CAJDH.

cas s'il fait partie des troupes qui prennent d'assaut des centres névralgiques du pouvoir (station nationale de radiotélévision, centrale électrique ou camps militaires) pour contraindre un gouvernement légal à quitter le pouvoir. Le succès ou l'échec d'une telle opération n'ont aucune incidence sur la responsabilité pénale de l'agent. Il sera reconnu coupable de changement anticonstitutionnel de gouvernement dès lors que son intervention dans un processus de renversement de l'ordre constitutionnel établi aura été caractérisée.

L'intention criminelle de l'agent est requise. Elle est caractérisée dès lors qu'il est établi qu'il a conclu un contrat, verbal ou écrit, dans le but de participer, contre rémunération, à une action visant à renverser l'ordre constitutionnel établi, au même titre que des dissidents armés ou des mouvements rebelles.

ii. *L'intervention de dissidents armés ou de mouvements rebelles destinée à renverser un gouvernement démocratiquement élu*

L'intervention de dissidents armés ou mouvements rebelles présente quelques similitudes avec celle de mercenaires. Les deux sont destinées à renverser par la violence un gouvernement démocratiquement élu, mais ne nécessitent pas le renversement effectif du pouvoir en place. En dehors de cette similitude, les deux infractions présentent des différences notoires. En effet, à la différence des mercenaires qui sont des étrangers rémunérés pour combattre dans un pays étranger, les dissidents armés ou mouvements rebelles sont des nationaux ou des individus se considérant tels¹. Ils ont donc, à ce titre, un statut de combattant et peuvent, par voie de conséquence, bénéficier du statut de prisonniers de guerre auquel ne saurait prétendre un mercenaire².

Par *dissidents armés*, il faudrait entendre tous individus ou groupes d'individus ayant fait défection des forces gouvernementales³. Les termes « mouvements rebelles » font référence à la notion de rébellion, qui est « *une insurrection [...] ne touchant qu'à une partie du pays et aboutissant d'ordinaire à une sécession, avec formation d'un nouvel État ou une nouvelle constitution* »⁴.

¹ À titre d'illustration, les Banyamulenge, qui prirent les armes contre la RDC en 1998 (Jean-Claude WILLAME, *L'odyssée. Trajectoire pour un Congo nouveau ?*, Karthala, Paris, 1999, p. 146) avec l'appui du Rwanda, entendaient revendiquer la nationalité congolaise d'origine qui leur était contestée par les pouvoirs publics (Francis M. DENG, « Ethnic Marginalization as Statelessness: Lessons from the Great Lakes Region of Africa », in T. Alexander ALEINIKOFF, Douglas KLUSMEYER (eds.), *Citizenship Today: Global Perspectives and Practices*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 2001, p. 194).

² Voir, notamment, art. 3 de la Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat.

³ Voir, à ce sujet, CPI, *Situation en RCI*, Situation n° ICC-02/11, Ch. prélim. III, Rectificatif à la Décision relative à l'autorisation d'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, 15 novembre 2011, ICC-02/11-14-Corr-tFRA, § 119.

⁴ M. PRELOT et J. BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 198.

Il n'est pas nécessaire, pour que l'acte d'intervention de dissidents armés ou de mouvements rebelles soit caractérisé, qu'il intervienne dans le cadre d'un conflit armé national ou international. En conséquence, la nécessité d'un conflit armé présentant une certaine intensité et se déroulant de manière prolongée sur le territoire d'un État, exigée en cas de crimes de guerre¹, n'est pas de mise ici. De même en est-il de l'exigence, dans le même contexte, des groupes armés organisés et disposant : « *i) d'un commandement responsable impliquant une certaine organisation des groupes armés, suffisante pour concevoir et mener des opérations militaires continues et concertées et pour imposer une discipline au nom d'une autorité de fait incluant l'application du Protocole; et ii) un contrôle du territoire suffisant pour pouvoir mener des opérations militaires continues et concertées* »².

Ainsi, si un groupe de soldats désertent l'armée gouvernementale et qu'un ou plusieurs officiers décident de prendre la tête d'un mouvement destiné à renverser le régime en place, tous les participants à ce mouvement seront poursuivis pour changement anticonstitutionnel de gouvernement, sans qu'il soit nécessaire qu'un tel mouvement présente la forme d'un groupe armé organisé ou d'un appareil de pouvoir organisé. Il suffit de démontrer l'existence, d'une part, d'une « intervention », même non coordonnée, c'est-à-dire un commencement d'exécution d'une action visant à renverser l'ordre constitutionnel établi, et, d'autre part, de l'intention des intéressés de renverser un régime démocratiquement élu.

En criminalisant l'intervention de dissidents armés ou de mouvements rebelles, le Statut de la CAJDH tenait à protéger l'ordre constitutionnel établi. Elle n'a cependant pas perdu de vue que ces crimes sont souvent le résultat de l'attitude des gouvernants développant un régime autoritaire et enclins à s'éterniser au pouvoir. Aussi a-t-il incriminé, au même titre de changement anticonstitutionnel de gouvernement, le refus d'alternance démocratique.

2. La conservation illégale du pouvoir

Depuis leurs indépendances, bon nombre de pays africains ont fait une amère expérience du refus d'alternance démocratique. C'est que les dirigeants africains, hostiles au « *pouvoir*

¹ Voir CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Affaire n° ICC-01/05-01/08, Ch. prélim. III, Décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, 10 juin 2008, ICC-01/05-01/08-14, § 53.

² CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Affaire n° ICC-01/04-01/06, Ch. prélim. I, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, § 232. Dans le même sens, CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Affaire n° ICC-02/05-01/09, Ch. prélim. I, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 mars 2009, ICC-02/05-01/09-3-tFRA, § 60.

contrôlé »¹, ont tôt fait, non seulement de développer un régime autoritaire ne faisant aucune place à l'opposition, mais aussi organisé, en fait ou en droit, une présidence à vie qui, loin s'en faut, n'est pas exclusive de tout processus électoral. En réalité, les élections organisées ne sont que des simulacres dès lors, affirmait un ancien chef d'État, qu'« *on n'organise pas les élections pour les perdre* »².

Il s'ensuit que deux principaux outils permettent aux dirigeants africains de se maintenir illégalement au pouvoir. Le premier, de fait, consiste en l'usage de la force pour se maintenir au pouvoir en dépit d'un échec électoral (a). Le second, plus subtile, est un outil de droit qui leur permet de conserver le pouvoir au moyen d'artifices juridiques (b).

a. Le refus d'alternance démocratique par voies de fait

Le Statut de la CAJDH criminalise « *tout refus d'un gouvernement en place de remettre le pouvoir au parti ou au candidat sorti vainqueur d'élections libres, justes et régulières* »³. Cet acte matériel suppose qu'un gouvernant ou un parti au pouvoir ayant perdu l'élection se maintient de force au pouvoir sous quelque prétexte que ce soit (risque de guerre civile, fraude électorale, etc.). C'est le cas du dictateur gambien Yahya Jammeh qui, à la surprise générale, reconnaissait facilement sa défaite face à Adama Barrow lors de l'élection présidentielle du 1^{er} décembre 2016. L'agréable surprise fut, hélas ! de courte durée puisque, par une déclaration télévisée du 9 décembre 2016, il fera volte-face en rejetant les résultats électoraux au motif de fraude électorale au profit de son adversaire. Il faudra une forte pression de la communauté internationale, en particulier l'ONU et la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, avec, en toile de fond, la menace du recours à la force, pour que Yahya Jammeh quitte la Gambie le samedi 21 janvier 2017⁴.

La CPA vérifiera si le candidat proclamé vainqueur au détriment du candidat du pouvoir l'a été au terme d'une élection libre, juste et régulière. Certes, la proclamation de la victoire de l'opposition est inhabituelle lorsque le régime en place a organisé lui-même l'élection contestée. On ne peut cependant totalement exclure l'hypothèse où, dans une période de crise politique majeure, une institution électorale fasse rébellion et cherche à évincer l'homme fort

¹ Maurice KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire : essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, LGDJ, Paris, 1987, p. 244.

² Citation de l'ancien président congolais Pascal Lissouba (Dodzi KOKOROKO, « Les élections disputées : réussites et échecs », *Pouvoirs*, 2009/2, n° 129, p. 115).

³ Art. 28E-1-d) du Statut de la CAJDH.

⁴ Mohamed S. HELAL, « The ECOWAS intervention in the Gambia – 2016 », in Tom RUYS, Olivier CORTEN (eds.), *The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 919.

du régime au moyen de résultats tronqués. Le cas de la Côte d'Ivoire, avec des résultats « certifiés »¹ par une MINUCI² ostensiblement pro-Ouattara³, en est une éloquente illustration. Ainsi, un dictateur, aussi avéré soit-il, doit pouvoir jouir de l'égalité de traitement avec les autres candidats dès lors qu'il se soumet, de gré ou de force, à l'exercice démocratique. Il ne peut donc être retenu sous liens de la prévention de changement anticonstitutionnel de gouvernement lorsque son refus de céder le pouvoir fait suite à la proclamation des résultats électoraux trafiqués aux seules fins de le pousser à la sortie. La CPA, qui n'est pas liée par les appréciations des juridictions nationales de l'élection, dispose, ici également, d'un pouvoir souverain d'appréciation sur le caractère libre, juste et régulière de l'élection contestée.

L'intention criminelle est requise. L'agent doit, en effet, délibérément refuser de céder le pouvoir au candidat ou parti sorti vainqueur du scrutin. Rappelons ici le dol spécial, examiné ci-dessus, qui exige qu'au moment des faits, l'agent ait su qu'en agissant comme il le faisait, il avait l'intention de se maintenir illégalement au pouvoir, que ce soit par la violence ou par le droit.

b. Le refus d'alternance démocratique par voies de droit

L'hypothèse du refus d'alternance par voies de fait, examinée au point précédent, est plutôt rare. Très souvent, les gouvernants en place utiliseront des artifices juridiques pour modifier les équilibres politiques au détriment de l'opposition. On se trouve ainsi dans une hypothèse d'un pouvoir qui, à la fois juge et partie, modifie lui-même les règles du jeu politique pendant la compétition en révisant à son profit, soit la Constitution (i), soit la loi électorale (ii).

i. Les révisions constitutionnelles « sur mesure »

Est réprimé au titre de changement anticonstitutionnel de gouvernement par refus d'alternance démocratique, « *tout amendement ou révision de la Constitution ou des instruments juridiques, considéré comme une violation des principes du changement*

¹ Nicolas COOK, *Cote d'Ivoire's Post-Election Crisis*, Congressional Research Service, 2011, p. 3.

² La Mission des Nations Unies en Côte d'Ivoire (MINUCI) a été créée par une résolution du Conseil de sécurité du 13 mai 2003, avec pour mandat de « *faciliter la mise en œuvre par les parties ivoiriennes de l'Accord de Linas-Marcoussis* » (NATIONS UNIES, CONSEIL DE SECURITE, Résolution 1479 (2003) adoptée par le Conseil de sécurité en sa 4754^e séance, le 13 mai 2003, document n° S/RES/1479 [2003]).

³ On a ainsi affirmé, à juste titre, que « *la France, appuyée par l'ONU et la CEDEAO, a soutenu avec détermination en 2011 la cause d'Alassane Ouattara, alors que l'accession à la présidence de Laurent Gbagbo en octobre 2000 dans un climat d'insurrection à Abidjan avait été épaulée en sens contraire par le Premier ministre Lionel Jospin sous une période de cohabitation politique à Paris* » (Françoise GAULME, « Côte d'Ivoire : Du redressement à la paix durable », *Études*, 2012/6, tome 416, p. 731).

démocratique de gouvernement ou non conforme à la constitution »¹. Comme toute œuvre humaine, les constitutions subissent l'usure du temps. Elles sont donc appelées à être modifiées pour les adapter à l'évolution de la société. N'a-t-il pas été affirmé, à juste titre, que « *les constitutions ne sont pas des tentes dressées pour le sommeil* »² ?

Cependant, si l'intérêt d'une révision constitutionnelle paraît évident, toute constitution formelle fixe elle-même les règles de sa propre révision³. Aussi la Constitution peut-elle interdire sa révision en fixant des clauses d'éternité. Ces clauses, qui constituent ainsi « *un noyau intangible* »⁴, peuvent interdire la révision, soit dans certains domaines⁵, soit à certains moments⁶. Dans ce cas, tomberait sous le coup de la loi du chef de changement anticonstitutionnel de gouvernement par refus d'alternance démocratique, un chef d'État qui, dans le dessein de se maintenir au pouvoir, ferait réviser la Constitution de son pays pour modifier la forme républicaine de l'État, en consacrant une monarchie, fût-elle constitutionnelle. On pense ici naturellement à la République centrafricaine, où le président Jean-Bedel Bokassa fit adopter une « Constitution impériale » en date du 4 décembre 1976 aux termes de laquelle « *le Maréchal Jean-Bedel Bokassa est proclamé premier empereur par le Congrès extraordinaire du M.E.S.A.N. et prend le nom de l'empereur Bokassa premier* »⁷. De même en est-il d'un chef d'État qui, frappé par la limite d'âge et/ou la limite du nombre de

¹ Art. 28E-1-e) du Statut de la CAJDH.

² Opinion de M. Royer-Collard, député de la Marne, lors du débat sur le projet de loi relatif aux élections, à la séance du 17 mai 1820 (Guillaume N. LALLEMENT, *Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la Tribune nationale, recueillis dans un ordre historique, et imprimés d'après les pièces originales. Session de 1819*, Alexis Eymery, Paris, 1820, p. 501).

³ Louis FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^e éd., Paris, 2018, n° 140, p. 121.

⁴ Sont ainsi qualifiés, les dispositions constitutionnelles que le constituant a soustraites à toute possibilité de révision. Plusieurs concepts sont employés pour les désigner : « *droits intangibles, droits indérogeables, clause d'éternité, limites matérielles de la révision, noyau constitutionnel, identité constitutionnelle* » (Constance GREWE, « Les droits intangibles », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 26-2010, 2011, p. 437).

⁵ Tel est le cas de la forme républicaine et de la laïcité de l'État (art. 156 de la loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin) ; du principe de la séparation des pouvoirs (art. 163 de la Constitution malgache du 11 décembre 2010) ; du multipartisme (art. 118, al. 3, de la Constitution malienne du 27 février 1992) ; des dispositions relatives à la religion musulmane et à la forme monarchique de l'État (art. 175 de la Constitution marocaine du 29 juillet 2011) ; du principe du suffrage universel ainsi que du nombre et de la durée de mandats du président de la République (art. 220 de la Constitution de la RDC du 18 février 2006).

⁶ Tel est le cas de la période d'intérim (art. 240, al. 2, de la Constitution du Congo-Brazzaville du 25 octobre 2015) ; lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire (art. 156, al. 1^{er}, de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990) ; ou de l'état d'urgence ou de siège (art. 153 de la Constitution guinéenne du 7 mai 2010).

⁷ Art. 1^{er} de la Constitution de l'Empire centrafricain (Décret impérial n° 76/001 du 4 décembre 1976 portant promulgation de la Constitution de l'Empire centrafricain, *Journal officiel de l'Empire centrafricain*, numéro spécial, décembre 1976, p. 668). On rappellera cependant, pour l'histoire, que cette constitution intervient après un coup d'État dit de la Saint-Sylvestre (dans la nuit du 31 décembre 1965 au 1^{er} janvier 1966) et une constitution provisoire, qui ne contenait aucune clause d'éternité, avait déjà été adoptée (Acte constitutionnel n° 2 du 8 janvier 1966 fixant l'organisation provisoire des pouvoirs de la République, *Journal officiel de la République centrafricaine*, 9/1, 15 janvier 1966). À la date de l'instauration de l'empire, la Constitution du 26 novembre 1964 avait déjà été abrogée par un acte constitutionnel du 4 janvier 1966 (art. 2 de l'Acte constitutionnel n° 1 du 4 janvier 1966 (idem)).

mandats, ferait, à l'instar du Congolais Denis Sassou-Nguesso et du Rwandais Paul Kagamé en 2015, modifier la Constitution pour se représenter.

L'infraction de changement anticonstitutionnel de gouvernement par refus d'alternance démocratique suppose, d'abord, un acte matériel d'amendement ou de révision « *de la Constitution ou des instruments juridiques* ». Les deux concepts (amendement et révision), qui sont ici équipollents, renvoient à la modification de la Constitution. Mais qu'est-ce qu'une Constitution ? Ce terme s'entend dans son sens formel, c'est-à-dire « *un acte écrit, d'aspect généralement solennel, dont les dispositions ont une valeur supérieure à celle des lois et ne peuvent être élaborées ou révisées que par une autorité spécialement habilitée : le Constituant* »¹. Il n'est pas nécessaire que ce document porte le nom de « Constitution ». Il sera qualifié telle dès lorsqu'il répond à cette définition, peu importe qu'il s'appelle « Loi fondamentale » ou « loi constitutionnelle »², « décret-loi constitutionnel »³ ou « Acte constitutionnel »⁴. Par « instruments juridiques », il faudrait entendre tous les textes à valeur constitutionnelle, peu importe leur dénomination. Il suffit qu'ils comportent des règles relatives à l'organisation et à l'exercice du pouvoir. Il s'agit donc, en réalité, des constitutions au sens matériel du terme, qui s'entendent « *de toutes les règles relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir, qu'elles figurent ou non dans un texte écrit et, dans l'affirmative, quelle que soit la catégorie juridique dont relève ce texte* »⁵.

Pour que l'infraction existe, la révision constitutionnelle doit être considérée comme opérée en violation des principes du changement démocratique de gouvernement ou non conforme à la constitution. La révision peut donc, d'une part, être de nature à faire obstacle à un changement démocratique de gouvernement, c'est-à-dire à faciliter la conservation du pouvoir par les dirigeants en place ou partis au pouvoir. Tel est le cas des modifications de la Constitution ramenant les tours du scrutin présidentiel de deux à un, mettant ainsi une opposition divisée dans l'impossibilité de remporter la présidentielle dans un tour unique face au président sortant

¹ Roland DEBBASCH, *Droit constitutionnel*, LexisNexis, 11^e éd., Paris, 2017, p. 26.

² L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 103 à 106, pp. 86-90.

³ Voir, en RDC, le décret-loi constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997 relatif à l'organisation et à l'exercice du pouvoir en République démocratique du Congo, telle que modifiée par le décret-loi constitutionnel n° 096/2000 du 1^{er} juillet 2000 (F. VUNDUAWE TE PEMAKO et J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Droit constitutionnel du Congo*, *op. cit.*, pp. 856-872).

⁴ Voir, notamment, en France : *Acte constitutionnel de la République*, précédé de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, adopté par le Peuple français, le 10 août 1793, l'an deuxième de la République, Jahyer et Geslin, Angers, 1793.

⁵ Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN et Pierre PACTET, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 37^e éd., Paris, 2019, § 167, pp. 62-63.

ou au candidat du parti au pouvoir. On l'a vu au Togo en 2002¹, au Gabon en 2003² et en RDC en 2011³. Pour apprécier la réalisation de cette infraction, la CPA ne se contentera pas de l'exposé des motifs de la loi constitutionnelle incriminée, qui justifiera la révision par des raisons apparemment plausibles, telles que le gain de temps ou les raisons d'ordre financier. Il analysera l'ensemble du contexte socio-politique du pays en cause pour dégager la véritable motivation de la révision incriminée.

Plus difficile est la question des révisions constitutionnelles jugées « non conformes à la Constitution ». L'on sait, en effet, que la doctrine a affirmé, d'un côté, que « *le pouvoir constituant étant le pouvoir suprême de l'État ne peut être lié, même par lui-même* »⁴, et, d'un autre côté, que « *la Constitution, norme suprême, est opposable à sa révision* »⁵. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel français a affirmé, d'une part, que « *le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée* »⁶ et, d'autre part, que « *le Conseil constitutionnel ne tient, ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle* »⁷. Juridiction répressive, la CPA ne s'embarrassera pas de toutes ces subtilités de la doctrine constitutionnaliste. En effet, face à la clarté de son Statut, qui criminalise tout amendement « *non conforme à la Constitution* », elle devra rechercher si le texte incriminé a respecté les règles de forme et de fond prévues dans la Constitution en matière

¹ L'article 60, alinéa 1^{er}, de la Constitution est ainsi libellé : « *L'élection du Président de la République a lieu au scrutin uninominal majoritaire à un [01] tour* » (Loi n° 2002-029 du 31 décembre 2002 portant modification des dispositions du préambule et des articles 4, 5, 48, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 62, 64, 65, 66, 67, 70, 74, 77, 78, 79, 81, 91, 95, 96, 97, 98, 100, 101, 104, 107, 127, 129, 132, 133, 144, 145, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158 et 159 de la Constitution du 14 octobre 1992, *Journal officiel de la République togolaise*, 31 décembre 2002, p. 4).

² L'article 9, alinéa 2, de la Constitution de la République gabonaise, modifiée par la loi n° 13/2003 du 19 août 2003, dispose : « *L'élection [du Président de la République] est acquise au candidat qui a obtenu le plus grand nombre de suffrages* ».

³ La loi constitutionnelle du 20 janvier 2011 modifie l'article 71 de la Constitution, qui prévoyait deux tours du scrutin présidentiel, comme suit : « *Le Président de la République est élu à la majorité simple des suffrages exprimés* » (Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006, *Journal officiel de la RDC*, 1^{er} février 2011, p. 3).

⁴ Georges VEDEL *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1949, p. 117. Lire, sur le débat sur cette question, Alexandre VIALA, « *Limitation du pouvoir constituant, la vision du constitutionnaliste* », *Civitas Europe*, 2014/1, n° 32, pp. 81-91.

⁵ Jacqueline DE GUILLENCHMIDT, « *Le contrôle des révisions constitutionnelles par les juridictions constitutionnelles* », in R. BEN ACHOUR (dir.), *Les changements anticonstitutionnels de gouvernement*, op. cit., p. 68.

⁶ Cons. Const. France, Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, § 19.

⁷ Cons. Const. France, Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, § 2.

de révision constitutionnelle. Elle jugera le texte incriminé non conforme à la Constitution s'il a été pris en violation de ces règles.

Mais le juge pénal n'entrera en voie de condamnation que si la violation alléguée a été commise dans l'intention de permettre aux gouvernants de se maintenir illégalement au pouvoir. Ainsi, si les clauses d'éternité relatives à la forme républicaine de l'État ou à la durée et au nombre de mandats électifs sont révisées pour permettre au chef de l'État en exercice de se représenter, un tel amendement sera déclaré constitutif de changement anticonstitutionnel de gouvernement par refus d'alternance démocratique. Il en irait ainsi même si la révision ne concerne qu'une loi électorale.

ii. Les révisions discriminantes de la loi électorale

Le Statut de la CAJDH interdit « *toute modification substantielle des lois électorales durant les six [6] mois précédant les élections sans le consentement de la majorité des acteurs politiques* ». Ce texte vise des modifications de nature à mettre l'opposition dans une position discriminatoire vis-à-vis des candidats du pouvoir, et favoriser ainsi le maintien au pouvoir du régime en place lors de prochaines échéances électorales. La différence entre cet élément matériel et le précédent c'est que celui-ci ne concerne que la révision de la loi électorale.

La révision incriminée doit être *substantielle*, c'est-à-dire porter sur un point important d'équilibres politiques. Elle doit donc être de nature à favoriser nettement le parti au pouvoir ou son candidat lors de futures échéances. C'est le cas des découpages de circonscriptions électorales ou des modalités de la tenue d'élections, s'ils sont de nature à fausser les règles électorales au profit du parti au pouvoir ou de son candidat.

Le délai de six mois précédent l'élection concernée semble problématique. En effet, les stratégies de maintien illicite au pouvoir peuvent bien remonter à plus de six mois, parfois à plusieurs années avant la tenue du scrutin concerné. En effet, la révision constitutionnelle gabonaise du 19 août 2003 fut manifestement adoptée dans la perspective de l'élection présidentielle de novembre 2005. Celle intervenue au Togo le 31 décembre 2002 l'a été dans la perspective de l'élection présidentielle de 2005. La révision congolaise du 20 janvier 2011 intervenait, elle, onze mois avant la fin du second et dernier mandat du chef de l'État en exercice. Le délai de six mois, qui laisserait impuni les révisions discriminantes de la loi électorale intervenue avant ce délai ne semble donc pas réaliste. Il serait souhaitable de porter ce délai à deux ou trois ans de la fin du premier mandat présidentiel, et interdire toute révision de cette nature durant tout le cours du dernier mandat.

Enfin, la modification de la loi électorale ne revêt un caractère criminel que lorsqu'elle n'a pas rencontré le consentement de la majorité des acteurs politiques. La CPA devra donc vérifier si l'amendement adopté a fait l'objet d'un large consensus dans la classe politique. Elle tiendra compte, dans la détermination de cette majorité, du poids politique des acteurs concernés. Elle fera preuve de perspicacité en ne se laissant pas tromper par une majorité de façade constituée des partis satellites au parti au pouvoir.

Il suit des développements qui précèdent que la CPA dispose d'un important arsenal juridique pour stopper toute velléité d'accession ou de maintien illégal au pouvoir sur le continent. Est-elle, pour autant, juridiquement outillée pour réprimer effectivement le crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement ?

II. L'EFFECTIVITE DE LA REPRESSION : UNE ILLUSION D'OPTIQUE ?

Si l'institution du crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement peut être considérée comme une innovation de taille en droit international pénal, son applicabilité paraît sujette à caution tant subsistent quelques zones d'ombre sur sa répression. L'examen des modes de responsabilité pénale applicables (A) fait déjà apparaître quelques difficultés. D'autres difficultés apparaissent également quant à l'application même de cette incrimination (B).

A. LES MODES DE RESPONSABILITE PENALE APPLICABLES

Une lecture attentive du Statut de la CAJDH fait poser un certain nombre de questions relatives à la responsabilité pénale. Elles apparaissent dès la définition même du crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement (1). Par la suite, on verra que les modes de responsabilité pénale paraissent difficilement applicables au crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement (2), particulièrement en raison d'acteurs institutionnels qui y sont impliqués.

1. Une définition à cheval entre le crime et ses modes de perpétration

En définissant le changement anticonstitutionnel de gouvernement comme « *le fait de commettre ou d'ordonner de commettre les actes suivants [...]* »¹, les rédacteurs du Statut de la CAJDH semblent avoir abordé, non seulement les actes constitutifs de ce crime, mais aussi ses modes de perpétration, qui relèvent de la responsabilité pénale. En effet, aux termes de l'article 28N-i) de ce Statut, « *une infraction est commise par toute personne qui, en relation avec n'importe lequel des crimes ou infractions prévus par le Présent Statut : [...] i. incite, encourage, organise, ordonne, aide, finance, conseille ou participe en tant qu'auteur principal, co-auteur principal ou est complice de n'importe lequel des infractions énoncées dans le présent Statut* »².

Il est clair que ces modes de responsabilité pénale, qui s'appliquent à « *n'importe lequel des crimes ou infractions* » prévus par le Statut, sont également applicables au crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement. Par suite, en ne retenant que le verbe « ordonner » dans la définition de ce crime, laissant de côté tous les autres actes tels que le fait d'inciter, d'encourager, d'aider, de financer, etc., la plume de l'article 28E-1 semble inexperte. En effet, ainsi rédigé, ce texte laisse penser que ne s'applique au changement anticonstitutionnel de gouvernement que la perpétration directe ou solitaire (commettre), qui suppose que l'agent a agi personnellement³, et la complicité par ordre⁴, qui constitue un cas d'application de la complicité par instigation. L'article 28E-1 aurait donc dû se contenter de la définition du crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement, et laisser à l'article 28N le soin, comme il l'a fait, de déterminer les modes de responsabilité pénale applicables à tous les crimes prévus dans le Statut. Il aurait donc dû être libellé comme suit : « *Aux fins du présent Statut, on entend par "changement anticonstitutionnel de gouvernement", l'un quelconque des actes suivants, commis avec l'intention d'accéder ou de se maintenir illégalement au pouvoir [...]* ».

L'article 28N, relatif aux modes de responsabilité pénale, resterait donc inchangé. Mais tous les problèmes ne seraient pas résolus pour autant. En effet, le crime de changement

¹ Art. 28E-1 du Statut de la CAJDH. Le texte d'origine n'est pas souligné.

² Le soulignement a été ajouté.

³ William A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 5^e éd., Cambridge, 2017, p. 213 ; Lachezar D. YANEV, *Theories of Co-perpetration in International Criminal Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2018, p. 32 ; Albin ESER, « Individual criminal responsibility », in Antonio CASSESE, Paola GAETA et John R.W.D. JONES (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, vol. I, p. 789.

⁴ À titre illustratif, l'article 25-3-b du Statut de Rome de la CPI prévoit, comme premier cas de complicité, le fait qu'une personne « *ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime* ».

anticonstitutionnel de gouvernement, particulièrement lorsqu'il se commet par refus d'alternance démocratique, suppose l'implication d'acteurs institutionnels tels que les assemblées constituantes ou législatives, dont la responsabilité pénale semble problématique.

2. Une application problématique des modes de responsabilité pénale

Une première difficulté sur les modes de responsabilité pénale apparaît sur la notion de tentative punissable, qui n'est pas définie dans le Statut (a). La détermination de la personne responsable (b) semble cependant être la question la plus difficile sur laquelle devront se pencher les juges de la CPA.

a. L'absence regrettable de définition de la tentative punissable

Aux termes de l'article 28N-4 du Statut, « *une infraction est commise par toute personne qui, en relation avec n'importe lequel des crimes ou infractions prévus par le Présent Statut : [...] i. tente de commettre n'importe laquelle des infractions énoncées dans le présent Statut* ». La première tâche à laquelle devra s'atteler la CPA sera de définir la notion de tentative punissable, étant donné que le Statut est muet sur cette question.

Il n'y aura, à cet effet, aucune raison qu'elle s'écarte de la définition donnée par les rédacteurs du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission du droit international des Nations Unies : « *Par tentative, on entend tout commencement d'exécution d'un crime qui a manqué son effet ou qui n'a été suspendu qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur* »¹. Ceci étant posé, les juges appliqueront la notion de tentative punissable à tous les actes constitutifs de changement anticonstitutionnel de gouvernement, qu'ils soient par accession illégale au pouvoir (i) ou par refus d'alternance démocratique (ii).

¹ Article 3-3 du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (NATIONS UNIES, Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-troisième session, *Annuaire de la Commission du droit international 1991*, vol. II, 2^e partie, New York, 1994, p. 98). La définition finalement retenue par le Statut de Rome de la CPI est plus détaillée : « *Aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si [...] elle tente de commettre un tel crime par des actes qui, par leur caractère substantiel, constituent un commencement d'exécution mais sans que le crime soit accompli en raison de circonstances indépendantes de sa volonté. Toutefois, la personne qui abandonne l'effort tendant à commettre le crime ou en empêche de quelque autre façon l'achèvement ne peut être punie en vertu du présent Statut pour sa tentative si elle a complètement et volontairement renoncé au dessein criminel* » (art. 25-3-f du Statut de Rome de la CPI).

i. La tentative d'accession illégale au pouvoir

La tentative d'accession illégale au pouvoir suppose l'existence d'un commencement d'exécution d'un coup d'État, d'un coup de force ou d'un assassinat politique, qui n'a pu aboutir à la suite de circonstances extérieures indépendantes de la volonté de leur(s) auteurs(s). Prenons l'exemple des coups d'État manqués, qui tiennent généralement moins d'une semaine¹. Les actes constitutifs d'un commencement d'exécution peuvent, comme au Congo-Brazzaville le 22 février 1972, consister notamment en une « *prise de la radio et discours pour tenter de transformer [le coup d'État] en émeute populaire* »². Dans le cas d'espèce, la neutralisation des dissidents par le commandant Joachim Yhombi-Opango constituera une circonstance extérieure exclusive de désistement volontaire des intéressés.

Plus près de nous, on trouve une autre illustration de la notion de tentative punissable dans le coup d'État manqué mené par le général-major Godefroid Niyombaré et un groupe de généraux dissidents hutus et tutsis le 13 mai 2015 au Burundi, qui ne dura qu'un jour³. Profitant du voyage du président Pierre Nkurunziza en Tanzanie pour un sommet destiné à régler la crise burundaise, il déclarera déposer le président et son gouvernement et son intention de former un gouvernement de transition⁴. Son action de renversement du régime sera très vite stoppée par les troupes loyalistes⁵. En l'espèce, l'annonce de la destitution de Nkurunziza dans quatre chaînes de radio privées, ainsi que la prise de l'aéroport international de Bujumbura par un groupe de dissidents⁶ constituaient, sans conteste, un commencement d'exécution d'un coup d'État militaire. La riposte des troupes loyalistes constituait, elle, une circonstance extérieure de la volonté des intéressés, exclusive de désistement volontaire.

S'ils se trouvent en présence d'un commencement d'exécution d'un coup d'État, d'un coup de force ou d'un assassinat politique, d'une part, et, de l'autre, d'une absence de désistement volontaire des auteurs, les juges retiendront la tentative de changement anticonstitutionnel de gouvernement par accession illégale au pouvoir si ce crime ne s'est pas accompli en raison de circonstances indépendantes de la volonté des intéressés. Ils devront, en revanche, rechercher d'autres actes constitutifs pour établir une tentative de refus d'alternance démocratique.

¹ D. KIMEMIA, *Africa's Social Cleavages and Democratization: Colonial, Postcolonial, and Multiparty Era*, op. cit., p. 48.

² Rémy BAZENGUISSA-GANGA, *Les voies du politique au Congo. Essai de sociologie historique*, Karthala, Paris, 1997, p. 195.

³ Stef VANDEGINSTE, « Burundi », in Jon ABBINK *et al.*, *Africa Yearbook: Politics, Economy and Society South of the Sahara in 2015*, vol. 12, Brill, Leiden, 2016, p. 277.

⁴ Francis WIAFE-AMOAKO, *The World Today Series 2015-2016*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2015, p. 155.

⁵ Heather KERRIGAN (ed.), *Historic Documents of 2015*, Sage Reference, Londres, 2015, pp. 246-247.

⁶ Michael AMOA, *The New Pan-Africanism: Globalism and the Nation State in Africa*, I. B. Tauris, Londres, 2019, p. 54.

ii. La tentative de refus d'alternance démocratique

À l'instar de la tentative d'accession illégale au pouvoir, celle de refus d'alternance démocratique exige également un commencement d'exécution, une absence de désistement volontaire et l'échec de la révision contestée suite aux circonstances extérieures indépendantes de la volonté des gouvernants incriminés. On pourrait, dans ce cas, relever la situation au Burkina-Faso en 2014. En effet, une loi constitutionnelle de 2000 ramenait le mandat du président de la République de sept à cinq ans et limitait le nombre de mandats successifs à deux : « *Le Président du Faso est élu pour cinq ans au suffrage universel direct, égal et secret. Il est rééligible une fois* »¹. Élu avec 80 % des voix le 13 novembre 2005 pour un mandat de cinq ans, puis réélu avec un score similaire en 2010, le président Blaise Compaoré était frappé par la limite du nombre de mandats pour les prochaines échéances. Voulant néanmoins rempiler, il tentera de faire modifier la Constitution par sa majorité parlementaire. Les manifestations d'opposants, qui avaient débuté le 18 janvier 2014, se transformèrent peu à peu en insurrection. L'Assemblée nationale, qui se réunissait le 30 octobre 2014 pour concrétiser les vœux du président, dut interrompre ses travaux suite à une attaque des insurgés. Blaise Compaoré fut donc contraint de quitter le pouvoir dès le lendemain, remplacé par le chef d'état-major, le général Yacouba Isaac Zida². Il est manifeste, dans le cas d'espèce, que le processus d'une révision constitutionnelle destinée à maintenir Blaise Compaoré au pouvoir avait bel et bien commencé. L'examen du projet révision par l'Assemblée nationale constituait un commencement d'exécution, qui n'a été suspendu qu'en raison des circonstances indépendantes des députés et de Blaise Compaoré, à savoir l'intrusion des insurgés dans l'hémicycle et la débandade subséquente des parlementaires. Il se serait donc bien agi là d'une tentative punissable de changement anticonstitutionnel de gouvernement par refus d'alternance démocratique.

L'échec de la révision de la loi électorale congolaise en janvier 2015, censée maintenir le président Joseph Kabila au pouvoir plusieurs années de plus après la fin de son mandat, aurait également pu relever de la même incrimination. En effet, le projet de loi présenté par le gouvernement le 5 janvier 2015 fut adopté à une écrasante majorité par l'Assemblée nationale où le parti au pouvoir était majoritaire. Tout présageait donc l'adoption de ce texte en seconde

¹ Art. 37 de la Constitution du 2 juin 1991, révisée par la loi n° 003-A2000 AN du 11 avril 2000, promulguée par décret n° 2000-151/PRES du 25 avril 2000, *Journal officiel du Burkina Faso*, 4 mai 2000, p. 3626.

² Lire, sur ces péripéties : Bettina ENGELS, « Struggles Against the High Cost of Living in Burkina Faso », in Jean GRUGEL *et al.* (eds.), *Demanding Justice in the Global South: Claiming Rights*, Palgrave Macmillan, Cham, 2017, pp. 29-31.

lecture au Sénat, où le parti au pouvoir et ses partis satellites étaient également majoritaires. Néanmoins, siégeant sous les crépitements des balles des forces de l'ordre tentant de repousser les manifestants, et sous la pression de la communauté internationale, le Sénat, déjà au fait du précédent burkinabè, dut faire machine arrière. Un amendement du 23 janvier 2015 imposa donc que toute révision du fichier électoral national devait s'opérer dans le respect du délai constitutionnel, c'est-à-dire dans la limite du terme du mandat présidentiel qui expirait en décembre 2016. Le président de l'Assemblée nationale fut donc contraint d'annoncer le retrait du texte controversé¹. Il n'empêche que le processus de révision de la loi électorale, avec l'adoption en première lecture du projet de loi controversé, constituait déjà un commencement d'exécution. Ici aussi, la pression de la rue et de la communauté internationale constituait une circonstance indépendante de la volonté des acteurs concernés, exclusive de désistement volontaire. Mais lesquels de tous ces acteurs aurait été pénalement responsables du crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement par refus d'alternance démocratique ?

b. La difficile détermination de la personne responsable

Une question importante se dégage des deux illustrations examinées au point précédent : qui, en définitive, pourrait répondre du crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement par refus d'alternance ? La question semble difficile à trancher compte tenu du nombre d'acteurs intervenant dans le processus de révisions litigieuses. Il convient, dans ce cas, de faire une distinction entre ces acteurs selon qu'ils interviennent dans la phase préparatoire (i) ou dans la phase d'exécution du crime (ii).

i. Les acteurs intervenant dans la phase préparatoire du crime

Le pouvoir en place ne passe que très rarement en force en révisant les textes litigieux sans avoir, au minimum, préparé l'opinion². Des activités politiques (meetings, congrès du parti au pouvoir et des partis satellites) et scientifiques (conférences), auxquelles prendront part les communicateurs de la majorité, serviront à préparer l'opinion sur une prochaine révision de la Constitution ou de la loi électorale. Des « *juristes mercenaires* »³ du pouvoir en place monteront

¹ Sur cette question, lire Ghislain M. MABANGA, *Le principe de la continuité de l'État : issue de secours à la prohibition du troisième mandat ? Analyse critique de l'arrêt de la Cour constitutionnelle congolaise du 11 mai 2016*, Paris, L'Harmattan, 2016, n° 8, pp. 36-39.

² *Id.*, n° 3 à 6, pp. 31-35.

³ L'expression est de Thomas Hofnung, accusant le doyen Charles Debbasch d'avoir développé une théorie permettant de « légaliser » le coup d'État militaire ayant permis à son ami Faure Gnassingbé de prendre le pouvoir

toutes sortes de stratégies juridiques pour contourner les clauses d'éternité ou toutes autres dispositions empêchant le chef de l'État en exercice de se représenter. Certains y consacreront même des publications scientifiques « sur commande ». On a ainsi, en RDC, accusé un universitaire proche de Kabila d'avoir publié un ouvrage de droit constitutionnel¹ destiné à préparer l'opinion sur la nécessité d'une révision constitutionnelle destinée à permettre au président sortant de se représenter². Enfin, le congrès du parti au pouvoir, « *par une libre et unanime décision* »³, viendra « supplier » le président de se représenter « dans l'intérêt supérieur de la Nation ».

Aussi blâmables que soient les comportements de ces différents acteurs politiques et scientifiques, ils ne sauraient être déclarés pénalement responsables d'un changement anticonstitutionnel de gouvernement par refus d'alternance démocratique. En effet, le refus d'alternance démocratique n'étant pas une infraction inchoative, ses différents actes matériels ne sauraient être punissables que s'ils constituent, au minimum, un commencement d'exécution. Ces différents acteurs pourraient alors être tenus pénalement responsables au titre de tentative punissable. Or tous ces actes (meetings, conférences, publications) ne constituent que des actes préparatoires qui, par définition, ne sont pas punissables⁴. Il en serait cependant autrement si ces acteurs intervenaient dans la phase d'exécution du crime.

ii. Les acteurs intervenant dans la phase d'exécution du crime

La situation est cependant différente s'agissant des acteurs politiques intervenant dans la phase d'exécution du crime. Il faudrait alors distinguer ici selon qu'il s'agit des décideurs ou des exécutants.

au Togo après le décès de son père, le général Gnassingbé Eyadema (Thomas HOFNUNG, « Juriste mercenaire », *Libération*, 18 février 2005, pp. 34-35).

¹ Évariste BOSLAB, *Entre la révision de la Constitution et l'inanition de la Nation*, Larcier, Bruxelles, 2013, 440 p.

² JEUNE AFRIQUE, « [RDC : Évariste Boshab, dernier kabiliste du canal historique](#) », *Jeune Afrique*, 10 février 2015, [\[en ligne\]](#).

³ Préambule de la Constitution de l'Empire centrafricain, *Journal officiel de l'Empire centrafricain*, numéro spécial, décembre 1976, p. 667.

⁴ Voir NATIONS UNIES, *Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale*, vol. I : Travaux du Comité préparatoire en mars-avril et août 1996, *op. cit.*, § 203. Lire aussi CPI, *Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Affaire n° ICC-02/05-03/09, Ch. prélim. I, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges, 7 mars 2011, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red-tFRA, § 97.

Les décideurs

Dans la phase d'exécution du changement anticonstitutionnel de gouvernement, les décideurs sont tous ceux qui prennent la décision, soit de renverser un gouvernement démocratiquement élu, soit de maintenir le régime en place en violation de la Constitution. Il s'agit, de manière générale, des « *représentants étatiques [qui] sont des sujets responsables du droit international pénal* »¹. Si le changement anticonstitutionnel de gouvernement se fait par accession illégale au pouvoir, les décideurs seront généralement les hauts gradés de l'armée ou les responsables politiques qui prennent la décision de renverser le régime en place. En revanche, si le changement anticonstitutionnel de gouvernement intervient par refus d'alternance démocratique, les décideurs seront les principaux animateurs des institutions étatiques ou du parti au pouvoir.

Le décideur principal sera, naturellement, le chef de l'État en exercice, qui voudra se maintenir au pouvoir en violation des textes constitutionnels et législatifs idoines. Il peut transmettre ses ordres, soit au premier ministre pour initier un projet de révision, soit aux présidents d'assemblées parlementaires ou de groupes parlementaires pour initier une proposition de révision. Il n'est cependant pas nécessaire que ces ordres soient directement donnés par le chef de l'État. Il peut les transmettre par le truchement de ses proches collaborateurs tels que son directeur de cabinet, le premier ministre, le chef du parti au pouvoir ou les présidents d'assemblées parlementaires. Il n'est pas, non plus, nécessaire que ces ordres soient écrits. Ils peuvent être verbaux. Dans ce cas, les juges pourront déduire leur existence notamment de l'inaction du chef de l'État face à l'excès de zèle de sa majorité qui, soit le « *supplie* » de conserver le pouvoir pour « *sauver la Nation* », soit initie les révisions litigieuses sous son œil complaisant. Son inaction sera d'autant condamnable qu'il est généralement admis comme le « *garant du respect de la Constitution* »², voire le « *gardien* »³ ou même le « *défenseur* »⁴ de la Constitution violée par ses partisans.

¹ Anne-Laure VAURS-CHAUMETTE, « Les personnes pénalement responsables », in Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 2^e éd., Paris, 2012, p. 482.

² Art. 41, al. 2 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 ; 36, al. 2 de la Constitution burkinabè du 2 juin 1991, révisée le 11 juin 2012 ; 95, al. 1^{er} de la Constitution burundaise du 18 mars 2005 ; 5, al. 2 de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 ; 64, al. 1^{er} de la Constitution congolaise du 25 octobre 2015 ; 8 de la Constitution gabonaise modifiée le 12 janvier 2018 ; 45, al. 3 de la Constitution malgache du 11 décembre 2010 ; 42, al. 1^{er} de la Constitution marocaine du 29 juillet 2011 ; 46, al. 4 de la Constitution nigérienne du 12 mars 2013 ; 33, al. 3 de la Constitution centrafricaine du 30 mars 2016 ; 69, al. 2 de la Constitution de la RDC du 18 février 2006, modifiée en 2011 ; 60, al. 2 de la Constitution tchadienne du 31 mars 1996 révisée ; 58, al. 1^{er}, de la Constitution togolaise du 31 décembre 2002 ; 72 de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014.

³ Art. 84, al. 1^{er} de la Constitution algérienne du 28 novembre 1996, révisée le 7 février 2016 ; 29 de la Constitution malienne du 27 février 1992 ; 42, al. 1^{er} de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001.

⁴ Art. 98, al. 2 de la Constitution rwandaise de 2003 révisée en 2015.

Rappelons que l'article 28N-i du Statut de la CAJDH dispose : « Une infraction est commise par toute personne qui, en relation avec n'importe lequel des crimes ou infractions prévus par le Présent Statut : i. incite, encourage, organise, ordonne, aide, finance, conseille ou participe en tant qu'auteur principal, co-auteur principal ou est complice de n'importe lequel des infractions énoncées dans le présent Statut »¹. ^[SEP]Moins clair que l'article 25 du Statut de Rome de la CPI relatif à la responsabilité pénale individuelle, ce texte traite de la responsabilité pénale de l'agent, soit au titre principal (auteur/coauteur), soit au titre accessoire² ou subsidiaire³ (complice). En l'absence de textes de procédure pouvant développer plus amplement cette question, on recourra aux notions voisines développées par les textes fondamentaux d'autres juridictions pénales internationales, ainsi que par la jurisprudence correspondante.

La responsabilité pénale individuelle par ordre intervient, d'un côté, au titre principal (coauteur). Il s'agit alors de la commission de crimes par l'intermédiaire d'autres personnes, qui apparaît à l'article 25-3-a du Statut de Rome de la CPI, qui dispose : « Aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si [...] elle commet un tel crime [...] par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable ».

Ce texte introduit la notion de *coaction indirecte*, qui suppose que l'agent commet lui-même le crime, mais en se servant des mains d'autres personnes pour ne pas salir les siennes⁴. Ce type de responsabilité, dite de « l'auteur derrière l'auteur »⁵, nécessitera, pour sa mise en œuvre, l'existence, non seulement d'un plan commun⁶, mais aussi d'un appareil de pouvoir organisé⁷.

¹ Le soulignement a été ajouté.

² David J. LUBAN *et al.*, *International and Transnational Criminal Law*, Wolters Kluwer, 3^e éd., New York, 2019, p. 855.

³ William A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2^e éd., Oxford, 2016, p. 576.

⁴ Voir Thomas WEIGEND, « Indirect Perpetrations », in Carsten STAHN (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 540.

⁵ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Affaire n° ICC-01/04-01/07, Ch. préI. I, Décision relative à la confirmation des charges, 30 septembre 2008, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, § 514.

⁶ Voir, sur cette question, CPI, *Le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda*, Affaire n° ICC-02/05-02/09, Ch. préI. I, Décision relative à la confirmation des charges, 8 février 2010, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, § 160.

⁷ Lire, à ce sujet : Cassandra STEER, *Translating Guilt: Identifying Leadership Liability for Mass Atrocity Crimes*, TMC Asser Press, La Haye, 2017, pp. 309-310 ; Kai AMBOS, « *Ius puniendi* and individual criminal responsibility in international criminal law », in Róisín MULGREW et Denis ABEL (eds.), *Research Handbook on the International Penal System*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, pp. 75-76 ; CPI, *Katanga/Ngudjolo*, Ch. préI. I, Décision relative à la confirmation des charges, *op. cit.*, § 500 ; CPI, *Le Procureur c. Muthaura et consorts*, Affaire n° ICC-01/09-02/11, Ch. préI. II, Décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, 23 janvier 2012, ICC-01/09-02/11-382-Red-tFRA, § 297 ; CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, Affaire n° ICC-01/04-02/06, Ch. préI. II, Décision rendue en application des alinéas a) et b)^[SEP] de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de

Par « plan commun », il faudrait entendre un accord criminel entre deux ou plusieurs personnes, ayant pour objectif, soit la commission d'un crime relevant de la compétence de la juridiction concernée, soit la mise en place d'une politique dont elles savent que l'exécution conduira inévitablement à la commission du crime¹. Ainsi, le plan commun pourrait, pour le parti au pouvoir, consister, soit en un accord exprès entre les dirigeants tendant à maintenir illégalement au pouvoir le chef de l'État en exercice, soit en la mise en œuvre d'une politique dont l'issue conduirait inéluctablement au même résultat. Tel est le cas si le parti au pouvoir décide de neutraliser systématiquement tous les candidats potentiels à l'élection présidentielle, soit au moyen d'assassinats politiques, soit en organisant contre eux des procès politiques pour des infractions controuvées. Il n'est pas nécessaire qu'un tel accord soit écrit². Il peut être simplement verbal, auquel cas les juges pourront en déduire l'existence de l'action concertée menée ultérieurement par les coauteurs³ ou de preuves indirectes⁴.

L'« appareil de pouvoir organisé » désigne, lui, toute organisation à structure pyramidale, c'est-à-dire hiérarchisée et apte à assurer l'exécution quasi-automatique des ordres reçus⁵. Le parti au pouvoir peut donc être considéré comme un appareil de pouvoir organisé grâce auquel le chef de l'État et les autres hauts responsables politiques peuvent intimé à tous les acteurs intervenant dans le processus révisionnel l'ordre d'opérer une révision constitutionnelle ou législative ayant vocation à garantir le succès du parti au pouvoir lors des

Bosco Ntaganda, 9 juin 2014, ICC-01/04-02/06-309-tFRA, § 104 ; CPI, *Abu Garda*, Ch. pré. I, Décision relative à la confirmation des charges, *op. cit.*, § 160, note infrapaginale 246 ; CPI, *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, Affaire n° ICC-01/09-02/11, Ch. pré. II, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali, 8 mars 2011, ICC-01/09-02/11-1-tFRA, § 36.

¹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Affaire n° ICC-01/04-01/06, Ch. 1^{re} inst. I, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA, § 984-985. Voir aussi CPI, *Muthaura et consorts*, Ch. pré. II, Décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, *op. cit.*, § 399 ; CPI, *Lubanga*, Ch. pré. I, Décision sur la confirmation des charges, *op. cit.*, § 344 et 377.

² CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo et consorts*, Affaire n° ICC-01/05-01/13, Ch. 1^{re} inst. VII, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 19 octobre 2016, ICC-01/05-01/13-1989-Red-tFRA, § 66.

³ CPI, *Lubanga*, Ch. pré. I, Décision sur la confirmation des charges, *op. cit.*, § 345.

⁴ CPI, *Lubanga*, Ch. 1^{re} inst. I, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, *op. cit.*, § 988. Dans le même sens, CPI, *Le Procureur c. Al Hassan*, Affaire n° ICC-01/12-01/18, Ch. pré. I, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 22 mai 2018, ICC-01/12-01/18-35-Red2, § 168 ; CPI, *Katanga/Ngudjolo*, Ch. pré. I, Décision relative à la confirmation des charges, *op. cit.*, § 523 ; CPI, *Bemba*, Ch. pré. III, Décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, *op. cit.*, § 74 ; CPI, *Abu Garda*, Ch. pré. I, Décision relative à la confirmation des charges, *op. cit.*, § 184.

⁵ CPI, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, Affaire n° ICC-02/11-01/11, Ch. pré. I, Décision relative à la confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo, 12 juin 2014, ICC-02/11-01/11-656-Red-tFRA, § 230 ; CPI, *Le Procureur c. Charles Blé Goudé*, Affaire n° ICC-02/11-02/11, Ch. pré. I, Décision relative à la confirmation des charges portées contre Charles Blé Goudé, 11 décembre 2014, ICC-02/11-02/11-186-tFRA, § 137.

prochaines échéances électorales. Ils seront donc considérés comme coauteurs pour avoir ordonné aux exécutants de procéder à la révision litigieuse.

Si le chef de État n'intervient pas dans le cadre de la *coaction par perpétration indirecte*, sa responsabilité pénale peut alors être retenue dans le cadre de la *complicité par ordre* qui, on l'a dit, relève du mode général de complicité par instigation. Par ordre, il convient d'entendre tout commandement ou instruction donné par le complice à l'auteur principal. Il suppose donc nécessairement un lien de sujétion entre le complice et l'auteur principal¹. Un chef d'État qui ordonne au président d'une commission électorale de falsifier les résultats électoraux en sa faveur ou de celle du candidat du parti au pouvoir engagerait ainsi sa responsabilité au titre de complicité par ordre. De même en est-il de celui qui ordonnerait à un président de l'Assemblée nationale ou d'un groupe parlementaire, à un député de la majorité, ou même au premier ministre ou au ministre ayant l'élection présidentielle dans ses attributions, de prendre l'initiative (proposition ou projet) d'une révision criminelle. La responsabilité du chef de l'État ne sera, dans cette hypothèse, engagée que si l'ordre qu'il a donné aboutit à un résultat : la révision criminelle ou, à tout le moins, sa tentative². Elle exige donc nécessairement l'intervention d'un exécutant.

Les exécutants

La responsabilité pénale internationale ne se limite pas, loin s'en faut, aux plus hauts responsables de l'État³. Elle vise aussi « *tous les individus qui commettraient un crime de droit international, même le simple subalterne, l'exécutant* »⁴. Les exécutants sont tous ceux qui, à des degrés divers, interviennent pour mettre à exécution les instructions reçues de leur hiérarchie pour maintenir illégalement le chef de l'État en exercice au pouvoir. Aucune difficulté ne se pose s'agissant des infractions destinées à renverser l'ordre constitutionnel établi (coup d'État, coup de force, assassinat politique). Les exécutants sont tous ceux qui exécutent matériellement tout ou partie des actes incriminés. Les militaires et/ou soldats qui attaquent les bâtiments constituant des centres névralgiques du pouvoir (présidence, station nationale de

¹ CPI, *Le Procureur c. Sylvestre Mudacumura*, Affaire n° ICC-01/04-01/12, Ch. prélim. II, Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, 13 juillet 2012, ICC-01/04-01/12-1-Red-tFRA, § 63.

² Lire, à ce sujet, l'article 25-3-b du Statut de Rome de la CPI. Lire aussi Sergey SAYAPIN, *The Crime of Agression in International Criminal Law: Historical Development, Comparative Analysis and Present State*, TMC Asser Press, La Haye, 2014, p. 286 ; CPI, *Bemba et consorts*, Ch. 1^{re} inst. VII, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, op. cit., § 35, 79, 90 et 94.

³ CPI, *Situation en RDC*, Situation n° ICC-01/04, Ch. app., Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de mandats d'arrêt en vertu de l'article 58 », 13 juillet 2006, ICC-01/04-169-tFRA, § 79.

⁴ A.-L. VAURS-CHAUMETTE, « Les personnes pénalement responsables », op. cit., p. 482.

radiotélévision, barrages hydroélectriques, etc.) sont, à ce titre, considérés comme des exécutants. Ils seront pénalement responsables de leurs actes dès lors qu'ils savaient qu'ils obéissaient à un ordre, manifestement illégal, de renverser un gouvernement démocratiquement élu. Les juges pourraient cependant leur accorder des circonstances atténuantes s'il est établi qu'ils étaient manipulés par le régime en place qui aurait, comme cela arrive fréquemment¹, tiré lui-même dans l'ombre les ficelles d'un coup d'État manqué pour neutraliser ses opposants.

La situation est cependant plus compliquée en ce qui concerne les infractions relatives au refus d'alternance démocratique. Il faudrait, à cet effet, exclure déjà la responsabilité pénale des assemblées parlementaires agissant en qualité. En effet, si, contrairement au Statut de Rome de la CPI, le Statut de la CAJDH prévoit la responsabilité pénale des personnes morales, c'est « à l'exception des États »². La responsabilité pénale d'une assemblée parlementaire ne saurait donc être engagée au motif qu'elle aurait voté une révision de nature à maintenir illégalement au pouvoir le chef de l'État en exercice.

En revanche, sera engagée, la responsabilité pénale individuelle de toute personne qui serait intervenue, en amont ou en aval, dans le processus de la révision contestée. Tomberait donc sous le coup de la loi pénale du chef de changement anticonstitutionnel de gouvernement par refus d'alternance démocratique, le député ou le ministre qui, en exécution d'un plan commun visant à maintenir au pouvoir le chef de l'État en fonction, aurait initié la proposition ou le projet litigieux.

Qu'en est-il cependant des membres d'assemblées parlementaires ayant voté pour le projet ou la proposition litigieuse ? Doivent-ils être considérés comme des exécutants d'un ordre manifestement illégal et, ainsi, engager personnellement leur responsabilité pénale ? Cette question est très délicate. En effet, s'il est vrai que le Statut de la CAJDH n'a prévu des immunités qu'en faveur des chefs d'État et de gouvernement en exercice³, il est tout aussi vrai que la plupart des constitutions africaines prévoient l'irresponsabilité pénale du parlementaire dans l'exercice de ses fonctions⁴. Cette irresponsabilité « *visé les discours prononcés en séance*

¹ D. KIMEMIA, *Africa's Social Cleavages and Democratization: Colonial, Postcolonial, and Multiparty Era*, op. cit., p. 48.

² Art. 46 C du Statut de la CAJDH.

³ Art. 46A bis du Statut de la CAJDH.

⁴ Voir, notamment, art. 126, al. 2 de la Constitution algérienne du 28 novembre 1996, révisée le 7 février 2016 ; 90, al. 1^{er} de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 ; 95 de la Constitution burkinabè du 2 juin 1991, révisée le 11 juin 2012 ; 150, al. 1^{er} de la Constitution burundaise du 18 mars 2005 ; 130, al. 1^{er} de la Constitution congolaise du 25 octobre 2015 ; 65, al. 1^{er} de la Constitution guinéenne du 7 mai 2010 ; 73, al. 1^{er} de la Constitution malgache du 11 décembre 2010 ; 62, al. 2 de la Constitution malienne du 27 février 1992 ; 64 de la Constitution marocaine du 29 juillet 2011 ; 88, al. 1^{er} de la Constitution nigérienne du 12 mars 2013 ; 67, al. 1^{er} de la Constitution centrafricaine du 30 mars 2016 ; 107, al. 1^{er} de la Constitution de la RDC du 18 février 2006, modifiée en 2011 ; 68, al. 1^{er} de la Constitution rwandaise de 2003 révisée en 2015 ; 61, al. 1^{er} de la Constitution sénégalaise du 22

publique ou en commission, les votes divers, les actes accomplis dans une commission d'enquête parlementaire, les rapports rédigés par le député, etc. »¹. Fonctionnelle, cette immunité protège l'élu à raison des actes accomplis dans l'exercice de son mandat². Ainsi, admettre l'idée que plus de la moitié des membres d'une assemblée parlementaire puissent faire l'objet de poursuites pénales en raison d'un vote qu'ils auraient émis serait porter une véritable atteinte à la même démocratie que le crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement a pour objectif de protéger³. Les poursuites pénales devraient donc se limiter aux exécutants-clés de ce crime, c'est-à-dire à ceux qui sont à la base d'une véritable « *délinquance normative* »⁴ en initiant des projets ou propositions de lois adémocratiques. Pour autant, il n'est pas certain qu'ils répondent un jour de leurs actes tant la voie menant à leur répression est parsemée de nombreuses embûches.

B. LES DIFFICULTES DE REPRESSION DU CHANGEMENT ANTICONSTITUTIONNEL DE GOUVERNEMENT

En dépit des pouvoirs énormes que détiennent les juges de la CPA en matière de changement anticonstitutionnel de gouvernement, la répression de ce crime risque de demeurer simplement théorique pour longtemps. Témoins, des obstacles juridiques (1) et politiques (2) qui rendent difficile, pour l'instant tout au moins, une telle répression.

1. Les difficultés d'ordre juridique

La répression du crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement fait face à deux principales difficultés d'ordre juridique. Celles-ci sont respectivement relatives à la peine applicable (a) et aux immunités des chefs d'État et de gouvernement (b).

janvier 2001 ; 112, al. 2 de la Constitution tchadienne du 31 mars 1996 révisée ; 53, al. 1^{er} de la Constitution togolaise du 31 décembre 2002 ; 68 de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014

¹ Joseph BARTHELEMY et Paul DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Panthéon-Assas, Paris, 2004, p. 565.

² Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ-Lextenso, 39^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2018, § 658, P. 659.

³ On a ainsi affirmé, à juste titre, que « *the entire provision [of Article 28E] serves to protect institutions and [democratic] processes of political decision-making* » (H. VAN DER WILT, « Unconstitutional Change of Government: A New Crime within the Jurisdiction of the African Criminal Court », *op. cit.*, p. 624).

⁴ Stéphane BOLLE, « Les juridictions constitutionnelles africaines et les crises électorales », communication lors du 5^e Congrès de l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, tenu à Cotonou, du 22 au 28 juin 2009, [en ligne], URL : <https://cdn.accf-francophonie.org/2019/03/13-Les-JC-africaines-et-les-crisis-electorales.pdf>.

a. L'ambiguïté du texte incriminateur sur la peine applicable

Si l'on peut se réjouir de l'exclusion de la peine capitale du Statut de la CAJDH¹, on regrettera néanmoins l'ambiguïté du texte incriminateur par rapport à la peine applicable. En effet, il résulte de l'article 43A-2 du Statut de la CAJDH que « *les peines prononcées par la Section du droit pénal international de la Division de première instance de la Cour doivent être limitées à l'emprisonnement et/ou à des amendes financières* »². On relèvera que le législateur de la CPA s'abstient ainsi de déterminer le taux des peines qu'il fixe. Il ne renvoie pas non plus cette question à un règlement de procédure et des preuves, de sorte que le principe *nulla poena sine lege*, qui ne pose aucun problème à la CPI³, semble énérvé devant la CPA. Ce principe veut que la peine soit préalablement déterminée avant toutes poursuites, mais qu'elle soit également certaine (*nulla poena sine lege certa*)⁴, dès sorte qu'en commettant un crime, son auteur sache exactement la peine encourue. Ainsi, en laissant aux juges le soin de fixer eux-mêmes le taux des peines applicables, le Statut de la CAJDH laisse la porte ouverte à toutes sortes d'abus. Il faut espérer que l'article 43A soit modifié pour, soit fixer lui-même le taux des peines applicables, soit renvoyer cette question à un règlement de procédure et des preuves qui sera nécessaire pour les futures procédures devant la CPA. Il éviterait ainsi l'arbitraire des juges face à certains justiciables, notamment les chefs d'État et de gouvernement.

b. Les immunités des chefs d'État et de gouvernement

Si l'ambiguïté du texte incriminateur a pour effet de mettre en péril les droits de la défense, les immunités accordées aux chefs d'État et de gouvernement sont, elles, de nature à soustraire une partie importante des justiciables des poursuites. En effet, aux termes de l'article 46A du Statut de la CAJDH, « *aucune procédure pénale n'est engagée ni poursuivie contre un chef*

¹ L'article 43A-1 du Statut de la CAJDH dispose, en effet, que, « *sans préjudice des dispositions de l'article 43, la Cour rend le jugement et prend à l'encontre des personnes reconnues coupables de crimes de portée internationale des peines et/ou amendes, autres que la peine de mort, conformément au présent Statut* ».

² Le juge n'est pas tenu d'appliquer les deux types de peines. Il peut s'abstenir d'appliquer l'amende s'il considère que la peine d'emprisonnement est suffisante (CPI, *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Affaire n° ICC-01/12-01/15, Ch. 1^{re} inst. VIII, Jugement portant condamnation, 27 septembre 2016, ICC-01/12-01/15-171-tFRA, § 110).

³ Les peines applicables à la CPI sont un emprisonnement à temps (30 ans) ou à perpétuité si l'extrême gravité du crime et la situation personnelle du condamné le justifient (art. 77-1 du Statut de Rome de la CPI). La fixation du taux de l'amende est, elle, renvoyée au Règlement de procédure et des preuves (art. 78-2 du Statut de Rome de la CPI). Sur cette question, lire notamment, Karin N. CALVO-GOLLER, *The Trial Proceedings on the International Criminal Court: ICTY and ICTR Precedents*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, pp. 190-191.

⁴ Leena GROOVER, *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 136.

d'État ou de gouvernement de l'UA en fonction, ou toute personne agissant ou habilitée à agir en cette qualité ou tout autre haut responsable public en raison de ses fonctions ». Ce texte consacre, à la vérité, une impunité¹ des gouvernants en place, qui, tant qu'ils seront au pouvoir, pourront impunément faire modifier la Constitution pour demeurer au pouvoir.

Deux observations peuvent être faites à ce sujet. *D'un côté*, ces immunités privent, en fait, les la CPA de la moitié de sa compétence matérielle, celle relative au refus d'alternance démocratique. En effet, si un chef d'État décide de se maintenir indéfiniment au pouvoir en usant des voies de fait ou de droit, aucune poursuite ne saurait être exercée contre lui du chef de changement anticonstitutionnel de gouvernement tant qu'il restera au pouvoir. Finalement, à la fin de son mandat, la répression d'un tel crime n'aura plus de chance d'aboutir efficacement. L'intéressé peut, d'une part, échapper aux poursuites en raison de l'extinction de l'action publique pour cause de décès² s'il meurt au pouvoir, de mort naturelle ou victime d'un assassinat politique. D'autre part, si, à l'instar de l'Algérien Habib Bourguiba³ ou du Zimbabwéen Robert Mugabe⁴, il est poussé à la sortie par les siens pour cause de sénilité, cette circonstance sera de nature à lui valoir de larges circonstances atténuantes⁵. En conséquence, la CPA, qui n'aurait ainsi sous la main que les infractions relatives à l'accession illégale au pouvoir, deviendrait, malgré elle, un instrument politique de répression des opposants au pouvoir en place, un reproche longtemps fait à la CPI⁶. *D'un autre côté*, force est de constater qu'en conséquence de ce qui précède, l'institution du crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement a un effet dissuasif nul pour les gouvernants décidés à mourir au pouvoir⁷.

L'intérêt d'une telle incrimination semble donc bien relatif dès lors que l'effectivité de sa répression paraît aléatoire. La révision du Protocole de Malabo sur cette question est donc nécessaire. Le législateur de la CPA devrait, soit supprimer purement et simplement ces

¹ Voir Jutta BERTRAM-NOTHNAGEL, « A Seed for World Peace Growing in Africa: The Kampala Amendments on the Crime of Aggression and the Monsoon of Malabo », in E.A. ANKUMAH (ed.), *The International Criminal Court and Africa: One Decade On*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 368.

² Róisín MULGREW, « The cost of suspicion: A critical analysis of the compensation scheme established by Article 85(3) of the Rome Statute », in Róisín MULGREW et Denis ABEL (eds.), *Research Handbook on the International Penal System*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, p. 448. Voir aussi CPI, *Kony et consorts*, Ch. préI. II, Décision de mettre fin à la procédure engagée contre Raska Lukwiya, op. cit., p. 4 ; CPI, *Qadhafi et consorts*, Ch. préI. I, Décision de mettre fin à la procédure engagée contre Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, op. cit., p. 4.

³ Patrick BOMAN *et al.*, *Le Guide suprême. Petit dictionnaire des dictateurs*, Ginkgo, Paris, 2008, p. 23.

⁴ Darlington NGONI MABUKU, Bowden CHENGETAI MBANJE, Lameck GONZO, « Robert Mugabe, the Military "Uncaged" and the November 2017 "Coup-not-coup" », in Artwell NHEMACHENA, Tapiwa V. WARIKANDWA (eds.), *From African Peer Review Mechanisms to African Queer Review Mechanisms? Robert Gabriel Mugabe, Empire and the Decolonisation of African Orifices*, Langaa Research & Publishing CIG, Mankon, 2019, p. 352.

⁵ NYABIRUNGU MWENE SONGA, *Traité de droit pénal général congolais*, éd. Droit et Société, Kinshasa, 2001, p. 420.

⁶ G. MABANGA, « Le droit international pénal saisi par la politique... », op. cit., pp. 72-73.

⁷ *Id.*, p. 103.

immunités, soit, à tout le moins, les compléter par un mécanisme souple de levée d'immunité¹, un mécanisme éminemment politique.

2. Les difficultés d'ordre politique

Une autre difficulté de répression du crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement – peut-être la plus importante – est d'ordre politique. En effet, pour que les juges appliquent le Protocole de Malabo, il faudrait déjà qu'il entre en vigueur. Or à la date de ce jour, si quinze États l'ont déjà signé², aucun ne l'a encore ratifié. Lorsqu'on sait que quinze ratifications sont nécessaires pour son entrée en vigueur³, il y a fort à parier que ce texte restera encore lettre morte durant de nombreuses années. Il y a là une absence réelle de volonté politique de la part des dirigeants africains pour ratifier le Protocole de Malabo. Assurément, les poursuites dirigées contre leurs pairs devant la CPI, dont des chefs d'État en exercice⁴, avaient fini par susciter la méfiance des anciens bons élèves de la CPI. Ils semblaient désormais imiter la « stratégie d'apprivoisement » des grandes puissances, telles que les USA et la Russie, lors des travaux préparatoires du Statut de Rome de la CPI : signer peut-être, ne jamais ratifier, mais contrôler politiquement la juridiction pénale internationale⁵ ! On comprend ainsi mieux l'attitude des pays africains, prompts à adopter des textes novateurs à forte portée démocratique, en développant en même temps des régimes autoritaires⁶. Vue sous cet angle, la lutte contre les changements anticonstitutionnels de gouvernement engagée par l'UA semble vouée à l'échec, car demeurant au simple niveau des déclarations d'intention. Du coup, l'enthousiasme suscité par cette nouvelle incrimination s'émousse peu à peu, tant les difficultés de sa répression donne, en fin de compte, l'impression d'une vaste illusion d'optique.

¹ Lire, sur cette proposition, Abdoul Kader BITIE, *L'approche contemporaine de la prévention des conflits en Afrique*, Thèse, Bordeaux, 2016, § 920, pp. 478-479.

² Il s'agit des États suivants : Bénin (28 janvier 2015), Congo (12 juin 2015), Comores (29 janvier 2018), Ghana (28 janvier 2016), Guinée (13 décembre 2018), Guinée-Bissau (31 janvier 2015), Guinée équatoriale (8 février 2019), Kenya (27 janvier 2015), Mauritanie (26 février 2015), Mozambique (29 juin 2018), Ouganda (3 juillet 2017), Sao Tomé et Príncipe (29 janvier 2016), Sierra Leone (29 janvier 2016), Tchad (24 février 2016) et Togo (2 avril 2019). Voir UNION AFRICAINE, *Liste des pays qui ont signé/ratifié/adhéré. Protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme*, 20 mai 2019.

³ Art. 9-1 du Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, adopté par la 11^e session ordinaire de la Conférence tenue le 1^{er} juillet 2008 à Sharm El-Sheik (Égypte).

⁴ Il s'agit, en l'occurrence, du président soudanais Omar Al Bashir, ainsi que du président (Uhuru Muigai Kenyatta) et du vice-président (William Samoei Ruto) kényans (lire G. MABANGA, « Le droit international pénal saisi par la politique... », *op. cit.*, p. 73).

⁵ G. MABANGA, « Le droit international pénal saisi par la politique... », *op. cit.*, pp. 74-75.

⁶ Brad R. ROTH, *Sovereign Equality and Moral Disagreement: Premises of a Pluralist International Legal Order*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 212.

Le crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement constitue, à n'en point douter, un apport inédit de l'Afrique au droit international pénal qui, on le sait, est essentiellement construit sur les crimes de masse qui « *défont l'imagination et heurtent la conscience humaine* »¹. Novateur, cet apport permet désormais au droit international pénal de jouer le rôle que joue déjà, en droit interne, le droit pénal, à savoir celui d'un droit sanctionnateur d'autres disciplines juridiques². À la seule différence que le droit international pénal apparaît ici comme droit sanctionnateur, non d'un ordre juridique international, mais bien d'un ordre juridique interne. Il s'arroge ainsi le pouvoir de sanctionner les violations des constitutions étatiques, sur la question particulière de l'accession et de la conservation du pouvoir.

Mais cet avantage semble être aussi la principale difficulté d'une répression placée au cœur du pouvoir politique étatique. Le juge pénal régional sera-t-il en mesure de dire le droit au milieu d'intrigues politiques de tous genres ? Rien n'est moins sûr, dans un continent où les dirigeants sont enclins au « *refus du pouvoir contrôlé* »³ et à la « *violation systématique des droits de l'Homme* »⁴. Témoins de leur méfiance vis-à-vis de cette nouvelle incrimination, deux verrous majeurs qu'ils ont mis en place pour s'assurer l'impunité. Le premier – et de loin le plus important –, d'ordre politique, est l'absence de volonté de ratification du Protocole de Malabo. Ainsi, dépourvu de force juridique, cet instrument deviendrait vite un « *droit de décoration* »⁵ destiné à garnir les bibliothèques universitaires. Le deuxième, d'ordre juridique, leur permet d'échapper à toutes poursuites pénales tant qu'ils resteront au pouvoir : les immunités des chefs d'État et de gouvernement. Ainsi, si un jour ce protocole venait à être ratifié, le crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement ne s'appliquerait que dans son volet d'accession illégale au pouvoir. Quant à celui de refus d'alternance démocratique, il n'aura vocation à s'appliquer qu'aux rares dirigeants évincés du pouvoir.

Ainsi, si sa naissance venait à se concrétiser, la CPA deviendrait très vite un instrument de répression d'opposants politiques, le crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement ayant, en définitive, un effet dissuasif nul sur les dirigeants décidés à mourir au pouvoir. Que

¹ Préambule du Statut de Rome de la CPI.

² Cesare PEDRAZZI, « Le rôle sanctionnateur du droit pénal », in Jean GAUTHIER (dir.), *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Éd. universitaires de Fribourg, Fribourg, 1985, p. 15 ; NYABIRUNGU mwene SONGA, *Traité de droit pénal général congolais*, op. cit., p. 14.

³ M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire*, op. cit., pp. 246-247.

⁴ Jean d'ASPREMONT, *L'État non démocratique en droit international. Étude critique du droit international positif et de la pratique contemporaine*, Paris, Pedone, 2008, pp. 31-38.

⁵ Dieudonné KALUBA DIBWA, *Du contentieux constitutionnel en République démocratique du Congo. Contribution à l'étude des fondements et des modalités d'exercice de la justice constitutionnelle*, Éd. universitaires européennes, Sarrebruck, 2011, p. 419.

faut-il faire face à cet état de choses ? Tout début de solution à ces différentes difficultés passe nécessairement par le renouvellement de la classe politique¹. Il faudrait, en effet, espérer que, dans les décennies à venir, émerge sur le continent une nouvelle génération de dirigeants politiques respectueux de la démocratie et des droits de l'homme. Ce rêve est-il en mesure de se concrétiser un jour ? À cette question, on peut répondre, avec l'Académicien Henry de Montherlant : « *Espérer n'est pas défendu par les lois* »² !

¹ Joseph KAZADI MPIANA, « L'Union africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement », *Revue québécoise de droit international*, vol. 25-2, 2012, p. 102.

² Henri DE MONTHERLANT, *Fils de personne*, Gallimard, Paris, 1948, p. 145.