

Table des matières

Résumé.....	iii
Abstract.....	v
Table des matières.....	vii
Remerciements.....	xi
Introduction.....	1
Chapitre liminaire – L’attaque, l’élément contextuel des crimes contre l’humanité.....	13
Section 1 – Les origines de l’attaque en tant qu’élément contextuel : un changement de paradigme.....	13
Section 2 – La notion d’attaque.....	20
2.1 Les caractéristiques de l’attaque.....	21
2.2 La population civile en tant que cible de l’attaque.....	25
2.3 La conduite de l’attaque en application d’une politique.....	27
Chapitre I – L’aspect matériel de l’exigence relative au lien entre l’acte incriminé et l’attaque.....	33
Section 1 – La portée de l’exigence relative au lien entre l’acte incriminé et l’attaque : la persistante confusion entre l’infraction sous-jacente et les actes de l’accusé.....	33
Section 2 – La détermination du lien entre l’acte incriminé et l’attaque : une étape occultée, mais nécessaire.....	40
2.1 Le critère applicable.....	41
2.2 Une méthode d’analyse appropriée.....	55
Chapitre II – L’aspect mental de l’exigence relative au lien entre l’acte incriminé et l’attaque.....	71
Section 1 – La possession de l’élément mental propre aux crimes contre l’humanité.....	71
1.1 La confusion entre l’état d’esprit de l’auteur matériel et celui de l’accusé avant le jugement <i>Milutinović</i>	73
1.2 La clarification apportée par le jugement <i>Milutinović</i>	76
1.3 La confusion persistante dans la jurisprudence des tribunaux <i>ad hoc</i> post- <i>Milutinović</i>	81
1.4 Le flou de la jurisprudence de la Cour pénale internationale.....	88
1.5 La possession de l’élément mental, une analyse souple.....	91
Section 2 – La nature de l’élément mental propre aux crimes contre l’humanité.....	94
2.1 La connaissance de l’attaque.....	94
2.2 La connaissance du lien entre l’acte incriminé et l’attaque.....	96
2.3 Une méthode d’analyse appropriée.....	108
Chapitre III – La prise en compte de l’exigence relative au lien entre l’acte incriminé et l’attaque dans la preuve de la responsabilité pénale individuelle.....	111
Section 1 – La responsabilité pénale individuelle en droit international pénal.....	112
1.1 La participation à titre d’auteur principal : deux théories.....	114
1.2 La participation à titre d’auteur secondaire.....	122
1.3 Le supérieur hiérarchique.....	130
1.4 Conclusion sur la section 1.....	131
Section 2 – La prise en compte de la spécificité du crime de génocide et des crimes de guerre dans l’analyse de la responsabilité pénale individuelle.....	132

2.1	Le crime de génocide et la preuve de l'intention génocidaire comme fondement de la responsabilité pénale : une application à géométrie variable	132
2.2	Les crimes de guerre et la connaissance du conflit armé comme fondement de la responsabilité pénale : une exigence commune à tous les modes de participation	140
2.3	Conclusion sur la section 2.....	144
Section 3 – La nécessaire prise en compte de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque dans l'analyse de la responsabilité pénale individuelle		
		145
3.1	Un lien matériel entre le comportement de l'accusé et l'attaque	146
3.2	Une connaissance de l'attaque et du lien entre l'acte incriminé et l'attaque, d'une part, et le lien entre les actes de l'accusé et l'attaque, d'autre part	148
Conclusion.....		151
Bibliographie.....		155
I.	TEXTES	155
	Instruments de droit international	155
	Textes nationaux	156
II.	JURISPRUDENCE	156
	Jugements des tribunaux post-Seconde Guerre mondiale.....	156
	Actes de procédure, décisions, jugements et arrêts des instances pénales internationales contemporaines	156
	Jurisprudence nationale	169
III.	DOCTRINE ET AUTRES DOCUMENTS	169
	Monographies.....	169
	Articles publiés dans des ouvrages collectifs	170
	Articles de périodiques.....	172
	Billets de blogues scientifiques	174
	Rapports et projets de code	175
	Conférence	176
	Article de journal.....	176

Remerciements

Il est de coutume d'avertir le lecteur d'un ouvrage scientifique que les propos, observations et réflexions qu'il s'apprête à lire n'engagent que leur auteur. Qu'il me soit également permis d'avertir le lecteur que si les propos, observations et réflexions que ce mémoire contient sont aujourd'hui couchés sur papier, c'est que leur auteur n'était pas seul à évoluer dans sa tête.

Les images pour décrire l'aventure que représente la rédaction d'un mémoire de maîtrise sont nombreuses – du marathon à l'accouchement en passant par le train de marchandises qui se met en marche. Toutes ces images mettent en lumière une seule et même réalité : le mémoire de maîtrise est l'aboutissement d'un travail de recherche de longue haleine impossible à réaliser sans le support de plusieurs personnes.

Au premier titre, je remercie ma directrice de recherche, la professeure Fannie Lafontaine, pour son énergie, son soutien indéfectible et sa confiance. Un merci également à celui qui m'a donné le goût du droit international pénal, mais surtout convaincu de ne jamais me satisfaire des réponses toutes faites, m'amenant ainsi à aiguiser encore davantage mon sens critique : Stéphane Bourgon. Je m'en voudrais de passer sous silence les sages conseils que m'a donnés le professeur Pierre Rainville, qui a cru en ma capacité de poursuivre des études supérieures en droit. L'ancien vice-doyen aux études supérieures et à la recherche, le professeur Georges Azzaria, et l'actuel titulaire de la charge, le professeur Dominic Roux, m'ont tous deux formé à la recherche en droit – je leur en suis reconnaissant.

La rédaction de ce mémoire me suit depuis que j'ai intégré la vie dite professionnelle. Je tiens à remercier le juge Benoît Morin de la Cour d'appel du Québec et son ancienne adjointe Louissette, de même que les juges Julie Dutil et France Thibault ainsi que la greffière – et non moins amie – Claire Roberge, qui m'ont tous permis d'aménager mon temps de travail afin de poursuivre mes recherches et qui m'ont constamment encouragé dans cette voie. J'ai le privilège de travailler aujourd'hui dans le domaine du droit international pénal. Mes nouvelles collègues – Nerea, Mathilde, Christine, Sonia, Nathalie,

Fiana, Marie-Jeanne et Martine, pour ne pas les nommer – ont nourri mes réflexions et m’ont soutenu dans la dernière ligne droite.

Enfin, les amis. Leur soutien a été important, significatif et essentiel – pour reprendre le vocabulaire des décisions de jurisprudence que nous analyserons extensivement dans les pages qui suivent. Il y a eu ceux qui sont passés par là – Ariane, Dominique, Olivier, Audrey et Jean-Benoît – et tous les autres, Fabienne, Hubert, Miguel, Érick, Marc-Olivier, Jean-François, Marie-Claude, Nelly et Aurélie. Je n’oublie évidemment pas ma famille, plus particulièrement mes parents Marisa et Pierre et mon frère Anthony, qui m’ont fourni un appui moral inestimable.

Introduction

Si l'expression « crimes contre l'humanité » est employée depuis des siècles pour décrire l'horreur qu'inspirent certaines situations de violence¹, ce n'est qu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale – au vu, entre autres, des atrocités commises par le régime nazi contre la population juive allemande² – qu'elle a été définie pour la première fois dans un instrument juridique international, le *Statut du Tribunal international militaire de Nürnberg*³. L'intégration de la répression des crimes contre l'humanité dans la sphère du droit international ne s'est toutefois pas faite sans peine.

Le projet s'est en effet buté à une difficulté d'importance : l'expression de la différence juridique entre ces crimes et les crimes punis dans les droits nationaux⁴. Les rédacteurs du *Statut du Tribunal international militaire* ont résolu d'inclure un élément distinctif à la définition des crimes contre l'humanité ; pour qu'ils puissent être qualifiés de crimes contre l'humanité, les actes énumérés à l'article 6 du *Statut* – comprenant notamment l'assassinat, l'esclavage et l'expulsion – devaient être dirigés « contre toutes populations civiles »⁵. Au

¹ Sur la genèse de l'expression « crime contre l'humanité », voir de façon générale : Mark Antaki, « Esquisse d'une généalogie des crimes contre l'humanité » (2007) (hors série) RQDI 63.

² À cette époque, il n'était pas possible de punir au titre des crimes de guerre les personnes de nationalité allemande pour les crimes commis contre leur propre population puisque les crimes de guerre ne pouvaient être commis que contre des personnes d'une nationalité différente des auteurs des crimes : David Luban, « A Theory of Crimes Against Humanity » (2004) 29 Yale J Int'l L 85, aux p. 93-94.

³ *Statut du Tribunal international militaire*, annexé à l'*Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, 8 août 1945, 82 RTNU 279, aux p. 285 et ss [*Statut du Tribunal international militaire*].

⁴ Le professeur M. Cherif Bassiouni rappelle qu'un « [...] *international crime must have a distinguishing element that transforms what is usually a crime under national criminal law to one under international law* » : M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, à la p. 8. Voir également : Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2013, aux p. 85-86 [Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. 1].

⁵ L'emploi du mot « toutes » permettait de combler les lacunes du droit relatif aux crimes de guerre que nous avons identifiées à la note de bas de page 2. Nous reviendrons sur la portée de l'expression « populations civiles » plus loin dans ce mémoire. L'article 6 du *Statut du Tribunal international militaire* prévoyait également que les crimes contre l'humanité devaient être commis « à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime », c'est-à-dire en lien avec un crime de guerre ou un crime contre la paix. L'expression a été considérée par le Tribunal international militaire comme exigeant la preuve que les crimes contre l'humanité ont été commis au cours d'un conflit armé : Tribunal international militaire, *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, vol. 22, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1946, à la p. 468 [Jugement de Nürnberg, vol. 22]. Dans la mesure où les crimes contre l'humanité n'étaient pas encore une

fil des années, l'élément distinctif des crimes contre l'humanité s'est affiné. Aujourd'hui, les statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie (« TPIY ») et le Rwanda (« TPIR ») et le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* habilent ces instances pénales internationales à juger au titre des crimes contre l'humanité une série d'actes à caractère criminel lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une « attaque » généralisée ou systématique dirigée contre une population civile⁶.

Les tribunaux *ad hoc* ont déduit des dispositions de leurs statuts sanctionnant les crimes contre l'humanité que l'acte incriminé doit, d'une part, s'être inscrit dans le contexte d'une « attaque » et, d'autre part, avoir été commis en connaissance de cette « attaque »⁷. L'article 7 du *Statut de Rome* le prévoit expressément⁸. Cette exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque, qui se présente en fait sous la forme de deux conditions – l'une matérielle, l'autre mentale – fonde aujourd'hui la différence entre un crime contre l'humanité et les autres crimes punis par le droit international pénal, mais surtout la différence avec une infraction équivalente punie en droit pénal interne⁹.

Peut-être parce qu'il leur semble difficilement concevable qu'un acte criminel commis dans le cœur d'une attaque n'ait pas participé de cette attaque ou encore qu'un tel acte ait pu être commis en ignorance du contexte de l'attaque, les instances pénales internationales n'ont

catégorie de crimes reconnue en droit international, cette condition – qui liait les crimes contre l'humanité à des crimes établis en droit international – permettait de s'assurer que l'article 6 ne viole pas le principe de légalité : Mohamed Elewa Badar, « From the Nuremberg Charter to the Rome Statute : Defining the Elements of Crimes against Humanity » (2004) 5 San Diego Int'l LJ 73, à la p. 82 [Badar, « Defining the Elements of Crimes against Humanity »].

⁶ Article 3 du *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, annexé à la résolution 955 du 8 novembre 1994 du Conseil de sécurité des Nations unies, Doc. NU S/RES/955 (1994) [*Statut du TPIR*] ; article 7 du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 90 [*Statut de Rome*]. L'article 5 du *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, annexé à la résolution 827 du 25 mai 1993 du Conseil de sécurité des Nations unies, Doc. NU S/RES/827 (1993) [*Statut du TPIY*] ne le prévoit pas expressément, mais a été interprété comme exigeant la preuve d'une telle « attaque » : *Le Procureur c. Duško Tadić*, IT-94-1-A, Arrêt (15 juillet 1999) au paragr. 248 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Tadić*].

⁷ Voir par exemple : *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Arrêt (12 juin 2002) au paragr. 85 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Kunarac*].

⁸ Article 7-1 du *Statut de Rome* : « Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque : [...] ». Voir aussi : *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Décision relative à la confirmation des charges (30 septembre 2008) au paragr. 400 (CPI, Chambre préliminaire I) [Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*].

⁹ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 271.

guère cherché à tracer les contours de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque. Pourtant, l'analyse est plus complexe qu'il n'y paraît. Les situations pouvant être caractérisées d'« attaques » se présentent sous la forme d'un amalgame d'actes criminels hétéroclites¹⁰. Il n'est pas rare que certains actes s'inscrivent à la marge de l'attaque, soit en raison de la nature de l'acte, qui diffère de la conduite générale, soit parce que l'auteur de l'acte manifeste un état d'esprit distinct de celui des autres participants à l'attaque¹¹. Où tracer la ligne entre le crime contre l'humanité et celui relevant du droit pénal interne ? Au vu de l'importance grandissante des crimes contre l'humanité dans la justice pénale internationale¹², il nous apparaît nécessaire de circonscrire, du moins tenter de le faire, la portée de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque pour éviter que les crimes contre l'humanité n'embrassent davantage de comportements que ceux qu'ils ont vocation à sanctionner. C'est l'ambition de ce mémoire.

¹⁰ Par exemple, l'attaque dirigée contre la population civile musulmane de Višegrad, en Bosnie, à l'été 1992 se caractérisait par des arrestations illégales, des mauvais traitements, des enlèvements, des viols, des assassinats, des vols et la destruction de biens : *Le Procureur c. Milan Lukić*, IT-98-32/1-T, Jugement (20 juillet 2009) au paragr. 890 (TPIY, Chambre de première instance III) (non infirmé en appel) [Jugement *Lukić*].

¹¹ L'affaire *Duch*, portée devant les chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, présente l'exemple d'un acte qui différerait de la ligne de conduite générale de l'attaque. Dans cette affaire, l'attaque se caractérisait par le déplacement forcé des résidents de Phnom Penh vers les campagnes, le recours au travail forcé et la mise en place de structures visant à consolider la domination du Parti communiste du Kampuchéa sur le pays : *Affaire Kaing Guek Eav, alias Duch*, 001/18-07-2007/ECCC/TC, Jugement (26 juillet 2010) au paragr. 320 (CETC, Chambre de première instance) [Jugement *Duch*]. Or, la chambre était également saisie de l'allégation du viol d'une femme dans un centre de détention : *ibid*, paragr. 246 et 366. En définitive, la chambre de première instance a semblé considérer que ce crime participait de l'attaque, sans toutefois donner les raisons pour lesquelles il en était ainsi : *ibid*, paragr. 328. La chambre d'appel n'a pas infirmé cette dernière conclusion.

¹² À tort ou à raison, de plus en plus de comportements sont présentés comme des crimes contre l'humanité, que ce soit les agressions sexuelles commises par certains prêtres états-uniens contre des enfants (voir l'analyse de la question réalisée par le Center for Constitutional Rights, « Victims' Communication Pursuant to Article 15 of the Rome Statute Requesting Investigation and Prosecution of High-level Vatican Officials for Rape and Other Forms of Sexual Violence as Crimes Against Humanity and Torture as a Crime Against Humanity », 13 septembre 2011, disponible en ligne :

<<http://s3.documentcloud.org/documents/243877/victims-communication.pdf>>), le massacre d'étudiants sur l'île d'Utøya en Norvège en juillet 2011 (William A. Schabas, « Crimes Against Humanity in Norway ? », billet de blogue publié sur le site *PhD Studies in Human Rights*, disponible en ligne : <<http://humanrightsdoctorate.blogspot.nl/2011/07/crimes-against-humanity-in-norway.html>>) ou encore les exactions commises contre la population civile syrienne depuis le printemps 2011 (Commission d'enquête internationale indépendante sur la Syrie, *Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la Syrie*, Doc. NU A/HRC/22/59 (5 février 2013) aux paragr. 52, 60, 82, 85, 87, 97, 109, 110, 129 et 164). Certains auteurs souhaitent même que le domaine des crimes contre l'humanité soit étendu à des violations de droits économiques et sociaux universellement reconnus, comme le droit à l'alimentation, à la santé et au logement. Voir, par exemple : Sigrun I. Skogly, « Crimes Against Humanity – Revisited : Is There a Role for Economic and Social Rights ? » (2001) 5 Int'l J HR 58, aux p.68-73.

Notre analyse de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque devra toutefois tenir compte du fait que les crimes contre l'humanité impliquent généralement une pluralité d'acteurs.

Au premier plan de ces acteurs se trouve celui que nous appellerons « auteur matériel », à savoir l'individu qui commet lui-même l'élément matériel du crime avec l'état d'esprit coupable correspondant¹³. Notons que la jurisprudence des instances pénales internationales définit l'élément matériel de certains crimes contre l'humanité d'une façon telle que plusieurs personnes peuvent prétendre au titre d'auteur matériel alors même qu'il n'y a qu'une seule victime¹⁴. Le crime contre l'humanité d'emprisonnement, par exemple, s'entend comme tout acte privant arbitrairement un individu de sa liberté¹⁵. Ainsi, le crime pourrait être commis tant par le geôlier qui surveille la cellule et qui, de ce fait, maintient en détention la victime, que le directeur de la prison qui a pris la décision de confiner la victime à sa cellule.

L'auteur matériel d'un crime contre l'humanité agit rarement seul ; la commission d'un tel crime n'est souvent possible que parce que d'autres individus y ont participé¹⁶. À cet égard, la jurisprudence des instances pénales internationales distingue deux autres types

¹³ *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac*, IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, Jugement (22 février 2001) au paragr. 390 (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Kunarac*]. D'autres expressions sont parfois employées par les instances pénales internationales pour désigner cette personne. Voir, par exemple : *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, IT-97-25-T, Jugement (15 mars 2002) au paragr. 77 (TPIY, Chambre de première instance II) (« auteur principal ») ; *Le Procureur c. Naser Orić*, IT-03-68-T, Jugement (30 juin 2006) au paragr. 478 (TPIY, Chambre de première instance II) (« auteur direct ») ; *Situation en République de Côte d'Ivoire*, ICC-02/11, 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) au paragr. 29 (CPI, Chambre préliminaire III) [Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation en Côte d'Ivoire] (« auteur individuel »).

¹⁴ Jugement *Kunarac*, *supra* note 13, au paragr. 390.

¹⁵ *Le Procureur c. Milan Martić*, IT-95-11-T, Jugement (12 juin 2007) au paragr. 88 (TPIY, Chambre de première instance I) [Jugement *Martić*].

¹⁶ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 191. Dans une discussion sur la pertinence d'inclure une infraction sanctionnant l'appartenance à une organisation criminelle dans le *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* élaboré par la Commission du droit international des Nations unies, le rapporteur spécial observait ceci : « Bien qu'en principe la responsabilité pénale [pour des crimes de droit international] soit fondée sur des actes individuels, identifiables et attribuables à un auteur déterminé, *il ne faut pas oublier qu'il s'agit là d'un domaine où la plupart des actions sont entreprises ou réalisées en participation. Les groupes et les organisations sont les moyens privilégiés pour réaliser des crimes d'un caractère massif*, comme le sont souvent les crimes en cause ici, et il est parfois difficile d'individualiser le rôle de chacun » (Commission du droit international des Nations unies, *Quatrième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial, Doc. NU A/CN.4/398 (1986)) (italique ajouté).

d'auteurs : l'auteur principal et l'auteur secondaire¹⁷. L'auteur principal est celui qui, sans avoir posé d'actes équivalant à l'élément matériel du crime, est néanmoins réputé avoir « commis » ce crime, soit pour avoir pris part à une entreprise criminelle commune ayant pour fins de perpétrer le crime (devant les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*)¹⁸, soit pour l'avoir commis conjointement avec l'auteur matériel ou d'autres auteurs principaux ou par l'intermédiaire d'une autre personne (devant la Cour pénale internationale)¹⁹. L'individu qui contribue de toute autre manière à la réalisation d'un crime – en le planifiant, l'ordonnant, incitant à le commettre ou en aidant et encourageant sa commission, par exemple – est considéré comme un auteur secondaire²⁰. Dans une catégorie à part *sui generis* s'inscrit le supérieur hiérarchique qui omet de prévenir ou de punir un crime commis par un subordonné et qui voit sa responsabilité pénale engagée à raison de cette omission et non d'une quelconque contribution au crime²¹.

Dans un souci de laisser aux États la responsabilité première de juger les crimes relevant du droit international pénal, mais aussi en raison de moyens financiers limités, les procureurs des instances pénales internationales concentrent aujourd'hui leurs efforts sur la poursuite des individus pouvant porter la plus grande responsabilité pénale pour ces crimes²². Du fait

¹⁷ Héctor Olásolo, « Developments in the Distinction Between Principal and Accessorial Liability in Light of the First Case Law of the International Criminal Court » dans Carsten Stahn et Göran Sluiter, dir., *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009, 339, aux p. 342-346.

¹⁸ *Le Procureur c. Milan Milutinović*, IT-99-37-AR72, Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić – entreprise criminelle commune (21 mai 2003) au paragr. 20 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Ojdanić* concernant l'entreprise criminelle commune]. Voir aussi : *Ferdinand Nahimana c. Le Procureur*, ICTR-99-52-A, Arrêt (28 novembre 2007) au paragr. 478 (TPIR, Chambre d'appel) [Arrêt *Nahimana*].

¹⁹ Article 25-3-a du *Statut de Rome* : « 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 : a) Elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, *conjointement avec une autre personne* ou *par l'intermédiaire d'une autre personne*, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable ; [...] » (italique ajouté).

²⁰ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Jugement (14 mars 2012) aux paragr. 998 et 999 (CPI, Chambre de première instance I) [Jugement *Lubanga*].

²¹ Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2009, à la p. 38 [Mettraux, *The Law of Command Responsibility*].

²² Il n'en a pas toujours été ainsi avec les tribunaux *ad hoc*, qui ont été mis en place pour pallier les déficiences des systèmes de justice de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda. Cependant, depuis 2004, les procureurs de ces tribunaux ne peuvent poursuivre que les plus hauts dirigeants de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda : *Résolution 1534 (2004)*, Doc. NU S/RES/1534 (2004) (26 mars 2004) à la p. 2 [*Résolution 1534 (2004)*] (par laquelle le Conseil de sécurité des Nations unies demande aux tribunaux *ad hoc* « de veiller à ce que les nouveaux actes d'accusation [qu'ils examineront et confirmeront] visent les plus hauts dirigeants soupçonnés de porter la responsabilité la plus lourde des crimes relevant de leur compétence »). Devant la Cour pénale internationale, le procureur a l'obligation de focaliser ses efforts sur les plus hauts dirigeants : *Situation en République du Kenya*, ICC-01/09, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une

qu'ils se révèlent souvent être les simples exécutants d'un dessein criminel conçu à un échelon supérieur, les auteurs matériels de crimes contre l'humanité sont donc rarement inquiétés par la justice pénale internationale²³. De fait, ce sont les individus qui donnent les moyens aux auteurs matériels d'agir – ceux que nous avons décrits au paragraphe précédent comme les auteurs principaux ou secondaires – qui sont généralement traduits devant les instances pénales internationales²⁴.

La présence de plusieurs acteurs dans le processus conduisant à la commission d'un crime contre l'humanité soulève une série de questions sur la façon d'aborder l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque. Qu'est-ce qui doit se rapporter à l'attaque ? L'acte posé par l'auteur matériel ou la contribution de l'auteur qui est accusé ? Quel est l'état d'esprit pertinent ? Celui de l'auteur matériel ou celui de l'auteur qui est inculpé ? Ces questions touchent à la qualification juridique du crime en tant que crime contre l'humanité.

Lorsque l'accusé n'est pas l'auteur matériel du crime, la question de savoir si un crime contre l'humanité a été commis n'est que la première étape de la démarche menant à l'établissement de la responsabilité pénale individuelle. La seconde étape consiste à déterminer si les actes et l'état d'esprit de l'accusé tombent sous le coup de l'un ou l'autre des modes de participation sanctionnés par les statuts des instances pénales

enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome (31 mars 2010) au paragr. 188 (CPI, Chambre préliminaire II) [Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya] (où la chambre préliminaire souligne qu'il incombe à la chambre saisie d'une requête d'ouverture d'enquête de déterminer si l'enquête projetée par le procureur vise les personnes ou les groupes de personnes susceptibles de porter la plus grande responsabilité pour les crimes allégués). Voir également les propos du professeur William A. Schabas à ce sujet : William A. Schabas, « Prosecutorial Discretion and Gravity » dans Carsten Stahn et Göran Sluiter, dir., *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009, 229, aux p. 243-244 [Schabas, « Prosecutorial Discretion »].

²³ À titre d'exemple, le Mécanisme pour les Tribunaux pénaux internationaux, créé par le Conseil de sécurité des Nations unies en 2010 pour exercer les fonctions résiduelles des tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, ne pourra juger de tels individus qu'après avoir épuisé toutes les solutions raisonnables pour renvoyer l'affaire devant les juridictions nationales : article 1-3 du *Statut du Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux*, annexe 1 à la *Résolution 1966 (2010)*, Doc. NU S/RES/1966 (2010) (22 décembre 2010).

²⁴ Par exemple, l'ex-dirigeant serbe de Bosnie, Radovan Karadžić, est accusé par le procureur du TPIY d'avoir facilité les crimes commis contre les Musulmans et Croates de Bosnie en mettant en place les structures par l'intermédiaire desquelles les crimes ont pu être commis : *Le Procureur c. Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-PT, Troisième acte d'accusation modifié (21 octobre 2009) aux paragr. 5 et 14 (TPIY, Bureau du procureur).

internationales²⁵. Quel que soit le mode de participation retenu contre l'accusé, la responsabilité pénale pour un crime relevant du droit international pénal suppose que la participation de l'accusé a, au minimum, influé directement sur la perpétration du crime et que l'accusé a agi sciemment²⁶.

S'il doit y avoir un lien direct entre les actes de l'accusé et le crime dont il doit répondre, il est légitime de se demander si ces actes doivent eux-mêmes s'inscrire dans le cadre de l'attaque lorsque le crime en question est un crime contre l'humanité. La même question se pose quant à l'état d'esprit de l'accusé : l'exigence de participer sciemment au crime implique-t-elle la preuve que l'accusé avait lui aussi connaissance du contexte de l'attaque ? Autrement dit, un individu qui n'a pas commis l'élément matériel d'un crime contre l'humanité peut-il être reconnu coupable de ce crime en l'absence de tout lien entre ses propres actes et l'attaque ou encore malgré son ignorance du contexte de l'attaque ? Les instances pénales internationales ne se sont jamais véritablement penchées sur ces questions.

* * *

Deux problématiques ressortent des considérations qui précèdent :

1. Quels sont les éléments qui doivent être établis pour conclure qu'un acte incriminé en tant que crime contre l'humanité participait d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ?
2. Une fois le crime contre l'humanité établi, la culpabilité de l'accusé qui n'en est pas l'auteur matériel dépend-elle de la preuve que ses propres actes et son état d'esprit étaient également liés à l'attaque ?

Ce mémoire cherchera à répondre à ces deux questions. S'agissant de la première problématique, nous postulons que l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque ne sera satisfaite que s'il est établi, d'une part, que l'acte de l'auteur matériel

²⁵ Cette démarche en deux temps a été décrite dans *Le Procureur c. Vidoje Blagojević*, IT-02-60-A, Arrêt (9 mai 2007) au paragr. 226 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Blagojević*].

²⁶ *Le Procureur c. Duško Tadić*, IT-94-1-T, Jugement (7 mai 1997) au paragr. 692 (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Tadić*].

partageait les caractéristiques de l'attaque, en poursuivait les objectifs, était de la même nature que les autres actes qui la formaient ou encore en prolongeaient les effets et, d'autre part, que l'auteur matériel – ou un tiers qui lui était suffisamment lié – savait qu'il y avait une attaque et l'acte incriminé participait de cette attaque. Quant à la deuxième problématique, nous tenterons de démontrer qu'un accusé qui n'était pas l'auteur matériel d'un crime contre l'humanité ne peut voir sa responsabilité pénale engagée à raison de ce crime que si ses propres actes s'inscrivaient également dans le cadre de l'attaque et que s'il était conscient du déroulement de l'attaque et du rapport existant entre ses actes et ladite attaque. Nous estimons, et entreprendrons de démontrer, que cette preuve est nécessaire peu importe la façon dont l'accusé a participé à la commission du crime contre l'humanité – à l'exception du supérieur hiérarchique.

Notre démonstration se fera au fil de quatre chapitres. Dans la mesure où il s'agit du concept dont découle l'exigence autour de laquelle notre mémoire s'articulera, il nous apparaît nécessaire de circonscrire dans un chapitre liminaire la notion d' « attaque » telle qu'elle est aujourd'hui appliquée par les instances pénales internationales. Le premier chapitre sera ensuite consacré à la portée matérielle du lien entre l'acte incriminé et l'attaque. Dans le deuxième chapitre, nous porterons notre attention sur l'aspect mental de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque. Enfin, dans le troisième chapitre, nous tâcherons de voir dans quelle mesure la preuve de la responsabilité pénale individuelle doit tenir compte du contexte de l'attaque.

Avant d'entamer notre analyse, quelques remarques d'ordre méthodologique s'imposent.

Nous n'entendons pas établir l'état du droit international pénal sur les questions soulevées. En l'absence de définition unique des éléments constitutifs des crimes contre l'humanité et des modes de participation dans les instruments internationaux, il faudrait se rabattre sur le droit coutumier pour ce faire. Or, le recours aux normes coutumières implique une démonstration préalable qui, dans notre cas, s'avérerait fastidieuse et déborderait largement

le cadre du travail de maîtrise²⁷. Dans cette perspective, le droit international coutumier n'offre pas un cadre d'analyse satisfaisant pour les fins de ce mémoire.

Il nous apparaît plus approprié de nous intéresser aux trois principaux instruments du droit international pénal contemporain – le *Statut du TPIY*, le *Statut du TPIR* et le *Statut de Rome* de la Cour pénale internationale –, et ce, même s'ils divergent sous plusieurs rapports, tant à l'égard des modes de participation criminelle qu'en ce qui concerne les éléments des crimes. Ces instruments étant les chevilles ouvrières du droit international pénal, notre étude offrira un portrait assez fidèle de l'état du droit sur les questions que nous examinerons et apportera un éclairage critique et des propositions afin d'harmoniser ces différentes règles et établir un cadre d'analyse approprié²⁸.

Même s'il s'agit d'un moyen auxiliaire de déterminer les règles de droit international²⁹, notre étude se centrera sur la jurisprudence des instances pénales internationales. À travers leurs décisions, jugements et arrêts, les tribunaux *ad hoc* et la Cour pénale internationale en sont venus à développer un corpus de règles qui définissent la portée des crimes contre l'humanité et les éléments constitutifs des différents modes de participation criminelle. Ces règles jurisprudentielles ont acquis, en pratique, un caractère contraignant : par souci de

²⁷ Le recours aux normes coutumières implique une démonstration préalable qui s'avérerait laborieuse et déborderait largement le cadre du travail de maîtrise. La coutume impliquant la preuve d'une pratique constante, générale et uniforme au sein des États et de la croyance de ces États dans le caractère obligatoire de la pratique, cela supposerait d'étudier en détail toutes les décisions nationales et internationales s'étant penchées sur les crimes contre l'humanité, ce qui s'avérerait trop fastidieux.

²⁸ Certes, nous aurions pu cantonner notre étude au *Statut de Rome*. Contrairement à ses prédécesseurs, la Cour pénale internationale a vocation à s'inscrire de façon pérenne dans l'ordre juridique international. Ses dispositions, issues d'après négociations, reflètent un certain consensus parmi les nations. Certains vont jusqu'à affirmer que certaines d'entre elles reflètent l'état du droit international coutumier : Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, aux p. 123 à 126 (au sujet des crimes contre l'humanité). Cependant, il est nécessaire d'étudier également les statuts des tribunaux *ad hoc* qui, avec leur jurisprudence, ont contribué à l'évolution du droit international pénal. Certaines des théories qui y ont été développées – notamment l'entreprise criminelle commune – n'ont pas été reprises par le *Statut de Rome*, mais demeurent tout de même pertinentes. Par exemple, deux des trois formes de l'entreprise criminelle commune trouvent application devant les chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens : *Affaire Nuon Chea*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC38), Decision on the Appeals against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE) (20 mai 2010) (CETC, Chambre préliminaire).

²⁹ S'agissant d'une branche du droit international, le droit international pénal a pour sources : (i) les instruments internationaux établissant des règles à caractère pénal ; (ii) la coutume internationale ; et (iii) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées : sous-paragraphes a), b) et c) de l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice*, 39 AJIL Supp 215 (1945). Voir à ce sujet : Gabrielle McIntyre, « The International Residual Mechanism and the Legacy of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda » (2011) 3 Göttingen J Int'l L 923, à la p. 949.

cohérence, de sécurité et de prévisibilité juridiques, les instances pénales internationales s'en remettent aux règles qu'elles ont précédemment établies et ne s'en écartent que si des « raisons impérieuses » leur paraissent le commander dans l'intérêt de la justice³⁰. C'est pourquoi les décisions, jugements et arrêts des instances pénales internationales constitueront notre principal outil de recherche.

En cas de divergences, incohérences ou lacunes au sein de la jurisprudence sur une question, nous aurons recours à des méthodes interprétatives classiques des textes législatifs, à savoir, l'interprétation littérale et l'interprétation téléologique³¹ – tout en gardant à l'esprit que les dispositions de droit pénal doivent être interprétées de façon stricte³². Dans la mesure où nous ne cherchons pas établir l'état du droit international coutumier et que nous n'utiliserons pas les « principes généraux de droit », nous nous référerons aux différents systèmes de droit pénal interne et à la jurisprudence nationale seulement à titre d'illustration³³.

³⁰ *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/1-A, Arrêt (24 mars 2000) aux paragr. 97, 98 et 107 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Aleksovski*]. Il est vrai que l'article 21-2 du *Statut de Rome* prévoit que la Cour pénale internationale « peut » appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures. La pratique récente montre néanmoins un souci des différentes chambres de la Cour d'interpréter le *Statut* à la lumière de décisions rendues précédemment, du moins celles de la chambre d'appel : Christoph Safferling, *International Criminal Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2012, à la p. 555. Il y a, bien entendu, quelques exceptions et nous aborderons celles qui nous concernent au fil de ce mémoire.

³¹ La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* a dérivé ces principes d'interprétation de l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 1155 RTNU 331 (1969), et ce, même si les statuts de ces tribunaux ne sont pas des traités à proprement parler : Jean-Marc Sorel et Valérie Boré Eveno, « Article 31 : Convention of 1969 » dans Olivier Corten et Pierre Klein, dir., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties : A Commentary*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2011, 804, à la p. 820. Pour un exemple d'interprétation du *Statut du TPIY* en fonction de ces principes, voir : *Le Procureur c. Duško Tadić*, IT-94-1-A, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) aux paragr. 71 et ss (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Tadić* relatif à la compétence] (au sujet de l'applicabilité des articles 2, 3 et 5 du *Statut du TPIY* en cas de conflit armé non international).

³² Pour les tribunaux *ad hoc*, voir : *Le Procureur c. Zdravko Mucić (affaire du camp Čelebići)*, IT-96-21-T, Jugement (16 novembre 1998) aux paragr. 408 et ss. (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Čelebići*]. Voir également ce qu'en dit William A. Schabas, « Interpreting the Statutes of the *Ad Hoc* Tribunals » dans Lal Chand Vohrah et al, dir., *Man's Inhumanity to Man : Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, 847 aux p. 852-855. Pour la Cour pénale internationale, voir l'article 22-2 du *Statut de Rome* : « La définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie. En cas d'ambiguïté, elle est interprétée en faveur de la personne qui fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation ».

³³ Sur les difficultés que soulève le recours aux lois et à la jurisprudence nationales pour dégager les règles de droit international pénal, voir : Michael Bohlander, « Radbruch Redux : The Need for Revisiting the Conversation between Common and Civil Law at Root Level at the Example of International Criminal Justice » (2011) 24 *Leiden J Int'l L* 393, aux p. 406-409.

La recherche est à jour au 29 mai 2013.

Chapitre liminaire – L’attaque, l’élément contextuel des crimes contre l’humanité

Afin de bien cerner les tenants et aboutissants de l’exigence relative au lien entre l’acte incriminé en tant que crime contre l’humanité et le contexte de l’« attaque », il importe de s’attarder brièvement sur cette dernière notion. Dans un premier temps, nous tracerons l’évolution des crimes contre l’humanité pour comprendre de quelle façon le concept d’« attaque » a fini par devenir la pierre angulaire de cette catégorie de crimes (section 1). Dans un second temps, nous circonscrivons la notion même d’« attaque » en nous concentrant sur ses caractéristiques les plus pertinentes pour notre sujet d’étude (section 2).

Section 1 – Les origines de l’attaque en tant qu’élément contextuel : un changement de paradigme

Les premiers instruments sanctionnant les crimes contre l’humanité ne faisaient aucune référence à une « attaque ». Le *Statut du Tribunal international militaire* de Nürnberg³⁴, le *Statut du Tribunal militaire international pour l’Extrême-Orient*³⁵ et la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié³⁶, qui réprimaient les crimes contre l’humanité dans des termes substantiellement similaires, se contentaient de définir ces crimes comme des actes commis contre une population civile, sans plus de précision :

³⁴ *Statut du Tribunal international militaire*, supra note 3, aux p. 285 et ss.

³⁵ *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, annexée à la *Special Proclamation – Establishment of an International Military Tribunal for the Far East*, 19 janvier 1946, TIAS 1589 et reproduite à 4 Bevens 20, aux p. 21 et ss. Le tribunal constitué par ce statut avait pour mission de juger les crimes commis en Extrême-Orient durant la Seconde Guerre mondiale [*Statut du Tribunal militaire international pour l’Extrême-Orient*].

³⁶ *Loi n°10* du Conseil de contrôle allié, Punissement des personnes accusées de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l’humanité, 20 décembre 1945, Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne, vol. 3, aux p. 50 et ss. Cette loi avait vocation à s’appliquer devant les tribunaux militaires constitués dans les différentes zones du territoire allemand conquis par les Alliés [*Loi n°10* du Conseil de contrôle allié].

Article 6 du Statut du Tribunal international militaire de Nürnberg

[...]

Les actes suivants, ou l'un quelconque d'entre eux, sont des crimes soumis à la juridiction du Tribunal et entraînent une responsabilité individuelle :

[...]

(c) *Les Crimes contre l'Humanité* : c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.

[...]

Article 5 du Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient

[...] *The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:*

[...]

c. Crimes against Humanity: Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. [...]

Article 2 de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié

Atrocités et délits comprenant, sans que cette énumération soit limitative, l'assassinat, l'extermination, l'asservissement, la déportation, l'emprisonnement, la torture, le viol ou tous autres actes inhumains commis contre toute population civile et les persécutions pour des motifs d'ordre

politique, racial ou religieux, que lesdits crimes aient constitué ou non une violation de la loi nationale dans le pays où ils ont été perpétrés.³⁷

(soulignement ajouté)

Il ne faut guère s'étonner de l'imprécision qui entourait ces définitions. Les efforts des rédacteurs des statuts des tribunaux militaires et de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié ont été consacrés non pas à donner un sens à la notion de crimes contre l'humanité, mais plutôt à asseoir la légitimité de cette nouvelle catégorie de crimes dans l'ordre juridique international³⁸. Malgré le flou dont souffrait la définition des crimes contre l'humanité, les tribunaux ont réussi à dégager certains éléments pouvant caractériser ces infractions et les distinguer des autres crimes alors reconnus en droit international. Plus particulièrement, il a été considéré que l'exigence que les crimes énumérés aient été commis « contre toutes populations civiles » signifiait qu'une conduite criminelle ne peut constituer un crime contre l'humanité que si elle a été menée à grande échelle³⁹ ou de façon organisée sous les auspices d'un État⁴⁰. Cette conception des crimes contre l'humanité, fondée sur le caractère

³⁷ Le lecteur aura remarqué un certain nombre de différences entre l'article 2 de la *Loi n° 10* du Conseil de contrôle allié, *supra* note 36, et les dispositions correspondantes dans les statuts des tribunaux militaires. La plus notable d'entre elles est la suppression de l'exigence relative au lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé. Voir, à ce sujet : Arrêt *Tadić* relatif à la compétence, *supra* note 31, au parag. 140.

³⁸ Cette démarche a d'ailleurs été fortement critiquée. Le professeur M. Cherif Bassiouni a argué que l'imprécision de la première définition des crimes contre l'humanité violait le principe de légalité : M. Cherif Bassiouni, « Crimes against humanity: The Need for a Specialized Convention » (1993-94) 31 Colum J Transnat'l L 457, à la p. 473. Les efforts déployés par les rédacteurs des statuts des tribunaux militaires et de la *Loi n° 10* du Conseil de contrôle allié pour légitimer l'existence des crimes contre l'humanité en droit international plutôt que de les définir s'expliquent sans doute par le désir de ne pas revivre l'échec de la première tentative d'intégrer la répression des crimes contre l'humanité dans la sphère du droit international. Dans la foulée de la Première Guerre mondiale, plusieurs diplomates avaient invoqué l'existence de principes d'« humanité » pour réclamer la poursuite des auteurs des massacres commis contre le peuple arménien qui, autrement, seraient demeurés impunis par le droit relatif aux crimes de guerre tel qu'il existait alors. Les discussions ont toutefois échoué, certains États ayant fait valoir que les « lois de l'humanité » n'avaient aucun fondement : Egon Schwelb, « Crimes against Humanity » (1946) 23 Brit YB Int'l L 178, aux p. 181 à 183 [Schwelb, « Crimes against Humanity »].

³⁹ Dans son analyse du droit applicable devant les tribunaux militaires créés à la suite de la Seconde Guerre mondiale, la Commission des Nations unies sur les crimes de guerre soulignait que « *the use of the word population [dans les instruments pertinents] appears to indicate that a larger body of victims is visualised, and that single or isolated acts against individuals may be considered to fall outside the scope of the concept* » : United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, Londres, His Majesty's Stationery Office, 1948, à la p. 193 [United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission*].

⁴⁰ Voir les propos du tribunal militaire III saisi de l'affaire dite *Justice Case*, jugée en vertu de la *Loi n° 10* du Conseil de contrôle allié : *United States of America c. Josef Altstoetter et al* (« *Justice Case* »), reproduit dans États-Unis d'Amérique, *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. 3, Washington, Government Printing Office, 1951, à la p. 973 (« *It is not the isolated crime by a private German*

massif ou organisé du crime énuméré, a dominé le paysage juridique pendant plusieurs années, comme en font foi les travaux de la Commission du droit international des Nations unies sur l'élaboration d'un *Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*⁴¹ et certains jugements rendus par des tribunaux nationaux⁴².

Un nouveau paradigme a émergé avec l'avènement des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda : désormais, l'accent est mis non pas sur le caractère généralisé ou systématique d'une conduite criminelle particulière, mais plutôt sur l'ensemble des actes criminels qui sont commis durant une période donnée et dans un lieu donné et qui forment, ensemble et non séparément, une « attaque » généralisée ou systématique. L'article 5 du *Statut du TPIY* sanctionne en ces termes les crimes contre l'humanité :

Le Tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit :

a) assassinat ; b) extermination ; c) réduction en esclavage ; d) expulsion ; e) emprisonnement ; f) torture ; g) viol ; h) persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses ; i) autres actes inhumains.

Certes, l'article 5 n'emploie pas le terme « attaque » ; qui plus est, il emprunte au vocabulaire des instruments appliqués par les tribunaux mis en place à la suite de la

individual which is condemned, nor is it the isolated crime perpetrated by the German Reich through its officers against a private individual. It is significant that the enactment employs the words 'against any civilian population' instead of 'against any civilian individual'. The provision is directed against offenses and inhumane acts and persecutions on political, racial, or religious grounds systematically organized and conducted by or with the approval of government »).

⁴¹ Le paragraphe introductif de l'article 18 du *Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* se lit ainsi : « On entend par crime contre l'humanité le fait de commettre, d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe, l'un des actes ci-après : [...] » (*Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs*, dans Commission du droit international des Nations unies, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai – 26 juillet 1996)*, Doc. NU A/51/10 (1996) [*Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*]).

⁴² Voir, par exemple : *Attorney-General of Israel v Eichmann*, District Court of Jerusalem, 12 décembre 1961, 36 ILR 5 (traduction anglaise préparée par le ministère de la Justice d'Israël, aux p. 239 (paragr. 200) à 242 (paragr. 205) et 243 (paragr. 207) à 252 (paragr. 213)).

Seconde Guerre mondiale en employant l'expression « crimes [...] dirigés contre une population civile ». L'article 5 a néanmoins été interprété dans les premiers arrêts rendus par le TPIY comme « présumant l'existence d'une attaque massive ou systématique menée à l'encontre d'une population civile »⁴³. Une chambre de première instance du TPIY résumait ainsi le nouveau modèle théorique :

La seconde circonstance, selon laquelle les actes criminels doivent être « dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit », est spécifique aux crimes contre l'humanité. Énoncée en termes larges dans le Statut, elle paraît recouvrir, selon les opinions dominantes, trois composantes distinctes. Tout d'abord, les actes criminels doivent avoir pour objet une population civile spécifiquement identifiée comme un groupe par les auteurs de ces actes. En second lieu, les actes criminels doivent s'inscrire dans une certaine organisation et s'insérer dans un contexte systématique. S'il n'est pas nécessaire qu'ils soient liés à une politique instituée à un niveau étatique au sens classique du terme, ils ne peuvent pas être le seul fait d'individus isolés. Enfin, la perpétration des actes criminels, considérés dans leur ensemble, doit présenter une certaine ampleur et une certaine gravité.⁴⁴

(soulignement ajouté)

Ce n'est plus le crime énuméré qui doit présenter un caractère généralisé ou systématique, mais bien le contexte de l'attaque⁴⁵.

⁴³ *Le Procureur c. Goran Jelisić*, IT-95-10-A, Arrêt (5 juillet 2001) au paragr. 53 et à la note de bas de page 55 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Jelisić*]. Quelques mois auparavant, au détour d'un paragraphe, la chambre d'appel du TPIY avait elle aussi déduit de l'expression « dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit » que les crimes devaient avoir été commis « dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile » : Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 248. Il faudra toutefois attendre l'arrêt de principe *Kunarac*, *supra* note 7, pour que l'expression « attaque » s'impose véritablement comme étant l'élément contextuel propre aux crimes contre l'humanité : voir le paragr. 85, cité par la vaste majorité des jugements et arrêts rendus subséquemment. Nous nous expliquons mal l'absence de mention de l'« attaque » à l'article 5 du *Statut du TPIY*. Dans son rapport portant sur la création d'un tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Secrétaire général des Nations unies observait que les crimes contre l'humanité visent généralement « des actes inhumains d'une extrême gravité [...] commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile quelle qu'elle soit [...] » : Secrétaire général des Nations unies, *Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité*, Doc. NU S/25704 (3 mai 1993) au paragr. 48 (italique ajouté) [Rapport du Secrétaire général relatif à la création du TPIY].

⁴⁴ *Le Procureur c. Dragan Nikolić*, IT-94-2-R61, Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du *Règlement de procédure et de preuve* (20 octobre 1995) au paragr. 26 (TPIY, Chambre de première instance I).

⁴⁵ Jugement *Kunarac*, *supra* note 13, au paragr. 431.

Le *Statut du TPIR*, adopté un peu plus d'un an après celui du TPIY, fait explicitement de l'« attaque » un élément à prouver :

Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à juger les personnes responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse :

a) Assassinat ; b) Extermination ; c) Réduction en esclavage ; d) Expulsion ; e) Emprisonnement ; f) Torture ; g) Viol ; h) Persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses ; i) Autres actes inhumains.

À cet égard, une chambre de première instance du TPIR a expliqué qu'« [i]l n'est pas nécessaire que les crimes pris individuellement réunissent les trois éléments constitutifs de l'attaque (généralisée ou systématique, contre une population civile quelle qu'elle soit, pour des motifs discriminatoires), mais ils doivent s'inscrire dans le cadre d'une telle attaque. En effet, chacun desdits crimes présente des éléments constitutifs qui lui sont propres. »⁴⁶

Le *Statut de Rome* témoigne lui aussi de cette évolution de la théorie des crimes contre l'humanité. Même si la tâche de trouver une définition des crimes contre l'humanité reflétant l'état du droit international coutumier a été plutôt ardue⁴⁷, l'expression « attaque » s'est imposée de façon consensuelle parmi les délégations présentes à la conférence de Rome pour décrire le contexte particulier dans lequel les crimes contre l'humanité doivent être commis⁴⁸. L'article 7 du *Statut de Rome* définit ainsi les crimes contre l'humanité :

1. Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

⁴⁶ *Le Procureur c. Clément Kayishema*, ICTR-95-1-T, Jugement (21 mai 1999) au paragr. 135 (TPIR, Chambre de première instance II) [Jugement *Kayishema*].

⁴⁷ William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, à la p. 141.

⁴⁸ Herman von Hebel et Darryl Robinson, « Crimes within the Jurisdiction of the Court » dans Roy S. Lee, dir., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 79, aux p. 90 à 97.

a) Meurtre ; b) Extermination ; c) Réduction en esclavage ; d) Déportation ou transfert forcé de population ; e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ; f) Torture ; g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ; h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ; i) Disparitions forcées de personnes ; j) Crime d'apartheid ; k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ;

[...]

Les raisons pour lesquelles il y a eu un changement de paradigme ne ressortent pas très clairement de l'historique législatif des différents textes sanctionnant les crimes contre l'humanité, ni de la jurisprudence les ayant interprétés. À notre avis, la mise au rancart du modèle antérieur s'explique par le fait que les tribunaux créés à la suite de la Seconde Guerre mondiale ont reconnu qu'un acte unique pouvait, en certaines circonstances, constituer un crime contre l'humanité⁴⁹. Le modèle antérieur, qui n'admettait au titre des crimes contre l'humanité que les conduites criminelles massives ou organisées, ne pouvait donc plus convenir. Du fait qu'il s'intéresse à un contexte, le modèle de l'« attaque » permet en revanche de sanctionner des actes en apparence isolés mais tout de même répréhensibles en ce qu'ils contribuent à nourrir un contexte de criminalité généralisée ou systématique. C'est ainsi qu'est apparue l'exigence d'établir un rapport entre la conduite

⁴⁹ Voir, par exemple, la recension effectuée par la chambre d'appel du TPIY des jugements qui ont été rendus après la Deuxième Guerre mondiale et qui concernaient des individus agissant seuls : Arrêt *Tadić*, *supra*

incriminée et le contexte de criminalité de l'attaque – dont l'étude constitue le cœur de notre mémoire.

Section 2 – La notion d'attaque

Nous allons maintenant aborder la notion d'attaque telle qu'elle est aujourd'hui appliquée par les instances pénales internationales. Nous allons présenter les caractéristiques de l'attaque (sous-section 2.1), identifier sa cible (sous-section 2.2) et, enfin, déterminer son degré d'organisation (sous-section 2.3). Il est à noter que le *Statut du TPIY* et le *Statut du TPIR* comptent chacun un élément supplémentaire devant être établi pour que le tribunal puisse connaître des crimes contre l'humanité allégués par l'Accusation⁵⁰ : il s'agit de l'existence d'un conflit armé au moment de la commission du crime pour le TPIY⁵¹ et la conduite de l'attaque sur la base de motifs discriminatoires pour le TPIR⁵². Dans la mesure ces deux exigences ne sont que des conditions de compétence⁵³, nous n'en traiterons pas davantage.

note 6 aux paragr. 255 et ss. Voir également : Alain Joffe, « Les crimes contre l'humanité dans le *Code criminel* : Une contribution canadienne au droit international » (1995-1996) 9 RQDI 52, aux p. 66-65.

⁵⁰ Dans ce mémoire, nous emploierons l'expression « Accusation » pour désigner le procureur agissant en première instance.

⁵¹ Article 5 du *Statut du TPIY*. La condition ne porte que sur l'existence d'un conflit armé au moment de la commission du crime – il n'est pas exigé qu'il y ait une relation entre le crime contre l'humanité et le conflit armé. Voir à ce sujet : Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 249. Dans une décision ultérieure, la chambre d'appel a assoupli encore davantage le critère en indiquant qu'il n'était pas nécessaire qu'un conflit armé se déroule dans la région de l'ex-Yougoslavie où les crimes visés par l'acte d'accusation ont été commis ; les civils d'une partie belligérante visés par une attaque généralisée ou systématique peuvent résider dans un autre État de l'ancienne fédération yougoslave que celui où des combats ont lieu : *Le Procureur c. Vojislav Šešelj*, IT-03-67-AR72.1, Décision relative à l'appel interlocutoire concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (31 août 2004) au paragr. 14 (TPIY, Chambre d'appel).

⁵² Article 3 du *Statut du TPIR*. Les actes n'ont pas à être eux-mêmes commis avec une intention discriminatoire : *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-A, Arrêt (1^{er} juin 2001) aux paragr. 447-469 (TPIR, Chambre d'appel) [Arrêt *Akayesu*].

⁵³ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 249 ; Arrêt *Akayesu*, *supra* note 52, au paragr. 469.

2.1 Les caractéristiques de l'attaque

L'« attaque » à l'occasion de laquelle doivent avoir été commis les crimes contre l'humanité doit être distinguée du concept homonyme en droit international humanitaire. Les deux notions visent en effet des réalités différentes. L'article 49 du *Protocole additionnel I* aux Conventions de Genève définit l'« attaque » comme tout acte de violence dirigé contre l'adversaire, que cet acte soit offensif ou défensif⁵⁴. Ainsi caractérisée, l'attaque ne décrit pas un contexte, mais plutôt un comportement que les parties engagées dans un conflit armé ne peuvent adopter. Elle vise tout autant le tir dirigé contre une personne sautant en parachute d'un aéronef⁵⁵ que le pilonnage d'un village⁵⁶. Certes, il se peut que l'assaut lancé par une force armée contre un village, lequel constitue indéniablement une attaque au sens du *Protocole additionnel I*, puisse également être considéré comme une attaque au regard des textes punissant les crimes contre l'humanité⁵⁷. Les deux « attaques » procèdent toutefois de deux logiques différentes : l'une est sanctionnée en tant que crime de guerre alors que l'autre, qui n'est pas un crime en soi, est un élément constitutif des crimes contre l'humanité⁵⁸.

Comme nous avons pu le constater dans la section précédente, les statuts des tribunaux *ad hoc* ne définissent la notion d'« attaque ». Ce sont les premiers jugements et arrêts de ces instances qui ont permis de cerner les tenants et aboutissants de l'« attaque ». La jurisprudence du TPIY a considéré l'« attaque » comme un « type de comportement

⁵⁴ Article 49-1 du *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977, 1125 RTNU 3 [*Protocole additionnel I*].

⁵⁵ Voir, par exemple, article 42-1 du *Protocole additionnel I*, *supra* note 54.

⁵⁶ Voir, par exemple, article 52-1 du *Protocole additionnel I*, *supra* note 54.

⁵⁷ Voir le parallélisme entre les conclusions relatives au crime d'attaque contre des civils (crime de guerre visé par l'article 8-2-b-i du *Statut de Rome*) et celles portant sur l'« attaque » comme élément contextuel des crimes contre l'humanité dans la décision portant confirmation des charges à l'encontre de Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*, *supra* note 8, aux paragr. 275-284 (attaque contre des civils en tant que crime de guerre) et 403-407 (attaque en tant qu'élément contextuel des crimes contre l'humanité).

⁵⁸ Iain Bonomy, « Principles of Distinction and Protection at the ICTY » dans Forum for International Criminal and Humanitarian Law, dir., *The Occasional Paper Series*, vol. 3, Oslo, Torkel Opsahl Academic Epublishers, 2013, à la p. 7. Voir également : *Le Procureur c. Sylvestre Mudacumura*, ICC-01/04-01/12, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58 (13 juillet 2012) au paragr. 38 (CPI, Chambre préliminaire II) [Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Mudacumura*].

entraînant des actes de violence », lesquels ne sont pas limités au recours à la force armée, mais comprennent plutôt tous mauvais traitements infligés à la population civile⁵⁹. La chambre d'appel du TPIR a précisé que les actes de violence doivent être du même type que les actes sous-jacents énumérés aux articles sanctionnant les crimes contre l'humanité⁶⁰.

Par ailleurs, les tribunaux *ad hoc* n'ont compétence que sur les attaques généralisées ou systématiques⁶¹. L'attaque « généralisée » est celle qui se caractérise par une action de violence menée à grande échelle et dont il résulte un nombre important de victimes⁶². Pour certains auteurs, il n'est pas nécessaire d'établir, sous ce rapport, que plusieurs personnes ont pris part à l'attaque – un acte inhumain d'une ampleur extraordinaire commis par une seule personne pourrait constituer, à lui seul, une « attaque »⁶³ – ou encore que l'attaque se déroulait sur un vaste territoire⁶⁴. L'attaque « systématique » se traduit par la répétition délibérée et régulière d'une même conduite criminelle⁶⁵. Comme nous le verrons un peu plus loin, cela n'implique toutefois pas de faire la preuve d'une politique ou d'un plan⁶⁶. Dans la mesure où l'attaque est la somme des actes qui la composent et que les caractéristiques « généralisée » et « systématique » sont associées à l'attaque, il en résulte

⁵⁹ Jugement *Kunarac*, *supra* note 13, aux paragr. 415 et 416.

⁶⁰ Arrêt *Nahimana*, *supra* note 18, au paragr. 918.

⁶¹ Devant le TPIY, cette exigence est de nature jurisprudentielle : Jugement *Tadić*, *supra* note 26, aux paragr. 646-648. Du côté du TPIR, l'exigence découle du *Statut* même : « Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à juger les personnes responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une attaque *généralisée et systématique* dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse : [...] » (article 3 du *Statut du TPIR*) (italique ajouté).

⁶² Jugement *Tadić*, *supra* note 26, au paragr. 648, se référant au *Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, *supra* note 41, aux p. 49-50. Voir également : *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Jugement (2 septembre 1998) au paragr. 580 (TPIR, Chambre de première instance I) [Jugement *Akayesu*]. Pour la Cour pénale internationale, voir : Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 22, au paragr. 95.

⁶³ Kai Ambos et Steffen Wirth, « The Current Law of Crimes against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000 » (2002) 13 *Crim LF* 1, à la p. 17 [Ambos et Wirth, « Current Law of Crimes against Humanity »] : « *A further important characteristic of the attack is that it need not necessarily be executed by a multiplicity of perpetrators, nor does a single perpetrator have to act at different times. For example, if a single perpetrator poisons the water for a large population, he or she would thereby commit a multiplicity of killings with a single conduct. The same holds true for the attacks of 11 September in the United States.* »

⁶⁴ Badar, « Defining the Elements of Crimes against Humanity », *supra* note 5, à la p. 110, prenant pour exemple l'affaire *Jelisić* du TPIY, où l'attaque dans le cadre de laquelle ont été perpétrés les crimes reprochés à l'accusé n'a été menée que dans un seul village.

⁶⁵ Jugement *Kunarac*, *supra* note 13, au paragr. 429.

⁶⁶ *infra*, chapitre liminaire, sous-section 2.3, aux p. 27 et ss.

qu'aucun des crimes n'a à être commis de façon généralisée ou systématique⁶⁷. Notons que les caractéristiques « généralisée » et « systématique » se présentent sous la forme d'une alternative : l'Accusation a simplement à prouver que l'attaque était généralisée *ou* systématique⁶⁸.

L'article 7 du *Statut de Rome* – qui, au contraire de ses prédécesseurs, définit la notion d'« attaque » – envisage ce concept différemment. Pour plus de commodité, nous reproduisons les parties pertinentes de cet article :

1. Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

[...]

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ;

[...]

⁶⁷ Jugement *Kunarac*, *supra* note 13, au paragr. 431.

⁶⁸ Pour le TPIY, voir : Jugement *Tadić*, *supra* note 26, aux paragr. 646-648. Du côté du TPIR, les versions française et anglaise de l'article 3 du *Statut du TPIR* divergent sur ce point. La première fait référence à une attaque généralisée *et* systématique alors que la seconde emploie la conjonction « *or* ». Il a été jugé que c'est cette dernière version qui devait faire foi, l'emploi de la conjonction « *et* » dans la version française étant attribué à une erreur de traduction : Jugement *Akayesu*, *supra* note 62, à la note de bas de page 143. La chambre de première instance III du TPIR signalait que la jurisprudence « ne rend pas pleinement compte de la raison d'être » du caractère alternatif des caractéristiques « généralisée » et « systématique » : *Le Procureur c. Laurent Semanza*, ICTR-97-20-T, Jugement (15 mai 2003) au paragr. 328 (TPIR, Chambre de première instance III) [Jugement *Semanza*]. La préférence pour l'alternative semble tenir au seul fait que de nombreuses sources de droit international « étayent la conclusion que les conditions de caractère général et systématique sont des variantes » : Jugement *Tadić*, *supra* note 26, au paragr. 647. Ces sources sont le Rapport du Secrétaire général relatif à la création du TPIY, *supra* note 43, une décision préliminaire de la chambre de première instance I du TPIY (*Le Procureur c. Mile Mrkšić*, IT-95-13-R61, Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de preuve et de procédure (3 avril 1996) au paragr. 30 (TPIY, Chambre de première instance II) [Décision relative à la confirmation de l'acte d'accusation dans l'affaire *Mrkšić*]), ainsi que différents documents de la Commission du droit international des Nations unies.

L'article 7-2-a du *Statut de Rome* introduit deux nouvelles notions dans la définition de l'« attaque » : la « commission multiple d'actes »⁶⁹, d'une part, et la poursuite d'une « politique d'un État ou d'une organisation »⁷⁰, d'autre part. Ces deux conditions cumulatives ne sont pas sans rappeler les caractéristiques « généralisée » et « systématique ». Or, l'article 7-1 énonce que l'« attaque » n'a qu'à être généralisée *ou* systématique. Relevant cette apparente contradiction entre les articles 7-1 et 7-2-a, certains commentateurs ont avancé que la définition de l'« attaque » retenue par les rédacteurs du *Statut de Rome* à l'article 7-2-a impose un fardeau de preuve qui est plus élevé que celui exigé par les tribunaux *ad hoc* et qui contraint l'Accusation à établir que l'attaque était généralisée *et* systématique⁷¹. Il convient de souligner que lors des négociations ayant présidé à l'adoption du *Statut de Rome*, certaines délégations ont plaidé en faveur du caractère cumulatif des caractéristiques « généralisée » et « systématique », soutenant qu'un critère disjonctif embrasserait trop large et pourrait, de ce fait, conduire à admettre au titre de l'« attaque » généralisée, par exemple, une vague de criminalité spontanée et désorganisée⁷². Les premières décisions des chambres préliminaires de la Cour n'ont pas tenté de clarifier les liens entre les notions de « commission multiple d'actes » et de « politique d'un État ou d'une organisation », d'une part, et les caractéristiques « généralisée » et « systématique », d'autre part. En revanche, il ressort de ces décisions que le fardeau de preuve n'est pas modifié : les chambres préliminaires ne requièrent que la preuve de l'une ou l'autre des caractéristiques « généralisée » ou « systématique »⁷³.

⁶⁹ La jurisprudence n'a pas encore défini ce qui devait être entendu par « commission multiple d'actes ». Certains commentateurs estiment que cette expression n'implique que la preuve qu'il y avait plus que quelques incidents isolés : Rodney Dixon et Christopher K. Hall, « Paragraph 2 : Definitions of crimes or their elements – (a) 'Attack' » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes, Article by Article*, 2^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2008, 234, à la p. 235 [Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*]. Un autre auteur soutient que la « commission multiple d'actes » impose un fardeau de preuve moins élevé que le caractère « généralisé » : Robert Cryer *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, à la p. 237 [Cryer *et al.*, *Introduction to International Criminal Law*].

⁷⁰ Nous reviendrons sur cette condition dans la sous-section 2.3, *infra*, aux p. 27 et ss.

⁷¹ Phyllis Hwang, « Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court » (1998-1999) 22 *Fordham Int'l LJ* 457, à la p. 502 ; Kevin Jon Heller, « The Rome Statute of the International Criminal Court » dans Kevin Jon Heller et Markus D. Dubber, dir., *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford, Stanford University Press, 2011, 593, à la p. 619.

⁷² Darryl Robinson, « Defining 'Crimes against Humanity' at the Rome Conference » (1999) 93 *Am J Int'l L* 43, à la p. 47.

⁷³ Par exemple, dans l'examen des chargées portées contre Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, la chambre préliminaire I de la Cour pénale internationale s'est contentée de conclure que l'attaque était

L'« attaque » est une notion à géométrie variable. Là où certains peuvent en voir plusieurs, d'autres considéreront qu'il n'y en avait qu'une seule⁷⁴. Par exemple, dans une affaire récente, la chambre d'appel du TPIR a estimé que l'ensemble des attaques qui ont eu lieu au Rwanda en 1994, incluant dans la préfecture de Butare, pouvaient constituer une seule et même attaque au sens de l'article 3 du *Statut du TPIR*⁷⁵ alors que dans une autre affaire, la chambre de première instance II du même tribunal a jugé que les événements ayant eu lieu dans la seule préfecture de Butare remplissaient, en eux-mêmes, les conditions de l'« attaque »⁷⁶.

2.2 La population civile en tant que cible de l'attaque

Les statuts des tribunaux *ad hoc* et le *Statut de Rome* exigent que l'attaque soit « dirigée » contre une « population » « civile ». Cette exigence témoigne de la vocation des crimes contre l'humanité, à savoir la sanction des crimes commis à l'occasion de campagnes de violence de grande ampleur ou préalablement organisées qui sont menées contre une population civile⁷⁷. Avant d'examiner le sens à donner aux termes « population » et « civile », il convient de s'attarder brièvement sur l'expression « dirigée ».

L'attaque sera considérée comme ayant été « dirigée » contre la population civile si cette dernière était la cible principale de l'attaque plutôt qu'une victime incidente⁷⁸. La chambre

généralisée. Elle n'a analysé le caractère systématique de l'attaque que par « souci d'exhaustivité » : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*, *supra* note 8, au paragr. 412.

⁷⁴ Voir les propos du juge Hans-Peter Kaul à ce sujet : *Situation en République du Kenya*, ICC-01/09, Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul, en annexe à la Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome (31 mars 2010) au paragr. 25 (CPI, Chambre préliminaire II) [Opinion dissidente du juge Kaul à la Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya].

⁷⁵ *Ildephonse Hategekimana c. Le Procureur*, ICTR-00-55B-A, Arrêt (8 mai 2012) au paragr. 62 (TPIR, Chambre d'appel) [Arrêt *Hategekimana*].

⁷⁶ *Le Procureur c. Pauline Nyiramasuhuko*, ICTR-98-42-T, Jugement (24 juin 2011) aux paragr. 6043 et 6044 (TPIR, Chambre de première instance II) [Jugement *Nyiramasuhuko*].

⁷⁷ *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-A, Arrêt (29 juillet 2004) au paragr. 107 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Blaškić*]. Voir également notre discussion sur ce sujet : *supra*, chapitre liminaire, section 1, aux p. 15 et ss.

⁷⁸ Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, aux paragr. 91 et 92. Voir également : *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du *Statut de Rome*, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo (15 juin 2009) au paragr. 76 (CPI, Chambre préliminaire II) [Décision relative à la confirmation des charges dans

d'appel du TPIY a identifié dans l'affaire *Kunarac* une série de facteurs inspirés du droit relatif aux crimes de guerre qui doivent être considérés pour déterminer si l'attaque était effectivement dirigée contre la population civile :

Pour déterminer si tel était le cas, la Chambre de première instance doit tenir compte, entre autres indices, des moyens et méthodes utilisés au cours de l'attaque, du statut des victimes, de leur nombre, du caractère discriminatoire de l'attaque, de la nature des crimes commis pendant celle-ci, de la résistance opposée aux assaillants à l'époque, ainsi que de la mesure dans laquelle les forces attaquantes semblent avoir respecté ou essayé de respecter les précautions édictées par le droit de la guerre. Dans la mesure où les crimes contre l'humanité allégués ont été commis au cours d'un conflit armé, le droit de la guerre offre un cadre de référence fiable, à l'aune duquel la Chambre peut apprécier la nature de l'attaque et la légalité des actes commis à l'occasion de celle-ci.⁷⁹

La condition que l'attaque soit dirigée contre une « population » civile permet de s'assurer que seuls les crimes de nature collective seront sanctionnés au titre des crimes contre l'humanité⁸⁰. Il n'existe pas de seuil minimal quant au nombre de personnes devant former la population visée, chaque situation étant un cas d'espèce. Il suffit simplement de prouver qu'un nombre suffisant d'individus ont été ciblés, « ou qu'ils l'ont été d'une manière telle que la Chambre soit convaincue que l'attaque était effectivement dirigée contre une 'population' civile, plutôt que contre un nombre limité d'individus choisis au hasard »⁸¹. Il n'est pas non plus nécessaire que la population visée par l'attaque corresponde à celle de la région où se déroule cette attaque⁸².

l'affaire *Bemba*]. Dans certaines affaires instruites devant le TPIY, la défense a fait valoir que les victimes civiles dont on prétendait qu'elles formaient une population visée par une attaque n'étaient, en fait, que de malheureuses victimes d'une opération militaire légitime et proportionnée. Voir, par exemple : *Le Procureur c. Ante Gotovina*, IT-06-90-T, Gotovina Defence Final Brief (27 juillet 2010) aux paragr. 811-822 (TPIY, Défense d'Ante Gotovina).

⁷⁹ Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 91.

⁸⁰ United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission*, *supra* note 39, à la p. 193 ; Schwelb, « Crimes against Humanity », *supra* note 38, à la p. 191. Les tribunaux *ad hoc* l'ont rappelé dans leurs premières décisions : voir, par exemple, Jugement *Tadić*, *supra* note 26, aux paragr. 644 et 648 et *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, Jugement (7 juin 2001) au paragr. 80 (TPIR, Chambre de première instance I).

⁸¹ Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 90.

⁸² Jugement *Tadić*, *supra* note 26, au paragr. 644. C'est ce que faisait aussi remarquer le Secrétaire général des Nations unies dans un document remis à la Commission du droit international en 1949 : « *The reprobated activities are described as directed against any civilian population. Presumably this does not mean that the*

Le caractère « civil » de la population visée par l'attaque est le second élément qui caractérise les crimes contre l'humanité⁸³. Une population sera considérée comme « civile » si elle compte en son sein une majorité de civils⁸⁴, c'est-à-dire une majorité de personnes n'appartenant pas à des forces armées⁸⁵. En revanche, la présence de membres des forces armées dans la population ne prive pas nécessairement cette population de son caractère civil⁸⁶.

2.3 La conduite de l'attaque en application d'une politique

Les campagnes de violence menées contre les populations civiles sont rarement spontanées. Les atrocités commises contre les membres de la population juive allemande par le régime nazi lors de la Seconde Guerre mondiale en sont peut être le meilleur exemple⁸⁷. De là à requérir la preuve que l'attaque durant laquelle ont été perpétrés des crimes contre l'humanité a été conduite en application d'une politique élaborée par les autorités d'un État ou d'une organisation capable de mener une attaque d'une telle ampleur, il n'y a qu'un pas que les tribunaux *ad hoc* – dont les statuts sont muets à ce sujet – ont refusé de franchir.

entire population must be affected. » (Secrétaire général des Nations unies, *The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal: History and Analysis*, Doc. NU A/CN.4/5 (1949)).

⁸³ Arrêt *Blaškić*, *supra* note 77, au paragr. 107.

⁸⁴ *Le Procureur c. Dragomir Milošević*, IT-98-29/1-T, Jugement (12 décembre 2007) au paragr. 922 (TPIY, Chambre de première instance III) [Jugement *Milošević*], confirmé par la chambre d'appel : *Le Procureur c. Dragomir Milošević*, IT-98-29/1-A, Jugement (12 novembre 2009) aux paragr. 50 et 51 (TPIY, Chambre d'appel [Arrêt *Milošević*]).

⁸⁵ L'article 50-1 du *Protocole additionnel I*, *supra* note 54, définit la personne civile comme étant toute personne qui n'est pas membre de l'un ou l'autre des corps armés identifiés aux articles 4 A) 1), 2), 3) et 6) de la *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 RTNU 135 [Troisième Convention de Genève] et à l'article 43 du même protocole. C'est à la lumière de cette définition de la personne civile que doit être analysée la composition de la population contre laquelle était menée l'attaque : *Le Procureur c. Milan Martić*, IT-95-11-A, Arrêt (8 octobre 2008) au paragr. 302 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Martić*]. Nous reviendrons un plus loin sur les raisons pour lesquelles la chambre d'appel du TPIY a estimé que le terme « civil » dans le contexte de crimes contre l'humanité devait être interprété en fonction de la définition qu'en donne le *Protocole additionnel I*, *supra* note 54 : *infra*, chapitre I, paragraphe 2.1.2, aux p. 47 et ss.

⁸⁶ Article 50-3 du *Protocole additionnel I*, *supra* note 54; Jugement *Tadić*, *supra* note 26, au paragr. 643. Afin de déterminer si une population a perdu son caractère civil, il doit être tenu compte du nombre de soldats présents de même que des raisons pour lesquelles ces soldats sont présents au moment de l'attaque, à savoir s'ils sont en permission ou non : *Le Procureur c. Stanislav Galić*, IT-98-29-A, Arrêt (30 novembre 2006) aux paragr. 135 à 138 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Galić*].

⁸⁷ Devant le Tribunal international militaire de Nürnberg, il a été démontré que la campagne de persécution et d'extermination des Juifs était le fruit d'une politique : Jugement de Nürnberg, vol. 22, *supra* note 5, à la p. 468.

Jusqu'à ce que la chambre d'appel du TPIY apporte une réponse définitive à la question, deux courants se sont opposés au sein de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*. Invoquant l'objet des crimes contre l'humanité, certaines chambres de première instance ont exigé que soit établie l'existence d'une « certaine forme de politique » pour lancer l'attaque contre la population civile :

[L]a raison pour laquelle les crimes contre l'humanité scandalisent tellement la conscience de l'humanité et justifient l'intervention de la communauté internationale tient à ce qu'il ne s'agit pas d'actes isolés, commis fortuitement par des individus, mais qu'ils résultent plutôt d'une tentative délibérée de cibler une population civile. Traditionnellement, cette condition a été interprétée comme signifiant qu'il doit exister une certaine forme de politique pour commettre ces actes.⁸⁸

D'autres chambres se sont montrées plus circonspectes, préférant envisager l'existence d'une politique comme un simple facteur pouvant mettre en évidence le caractère massif ou systématique d'une attaque⁸⁹.

La chambre d'appel du TPIY a tranché le débat en faveur de cette deuxième approche. Dans l'arrêt de principe *Kunarac*, la chambre d'appel a refusé de considérer la preuve d'une politique comme un élément constitutif des crimes contre l'humanité. De l'avis de la chambre d'appel, cette preuve peut tout au plus être utile pour démontrer le caractère généralisé ou systématique de l'attaque, en particulier cette dernière caractéristique⁹⁰. La position de la chambre d'appel se fonde, d'une part, sur l'absence d'une telle exigence dans le *Statut du TPIY*, et, d'autre part, sur l'état du droit international coutumier à l'époque des faits reprochés aux accusés – lequel ne posait pas de condition de ce type, ainsi que le

⁸⁸ Jugement *Tadić*, *supra* note 26, au paragr. 653. Voir également : Jugement *Kayishema*, *supra* note 46, au paragr. 124.

⁸⁹ *Le Procureur c. Goran Jelisić*, IT-95-10-T, Jugement (14 décembre 1999) au paragr. 53 (TPIY, Chambre de première instance I) [Jugement *Jelisić*] ; *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-T, Jugement (3 mars 2000) aux paragr. 203-205 (TPIY, Chambre de première instance I) [Jugement *Blaškić*] ; *Le Procureur c. Dario Kordić*, IT-95-14/2-T, Jugement (26 février 2001) au paragr. 182 (TPIY, Chambre de première instance III) [Jugement *Kordić*]. Même si elle a reconnu que le concept de crime contre l'humanité suppose nécessairement l'existence d'un élément politique, la chambre de première instance II a exprimé, dans l'affaire *Kupreškić*, son doute « qu'il s'agisse d'une condition requise en tant que telle pour les crimes contre l'humanité » : *Le Procureur c. Zoran Kupreškić*, IT-95-16-T, Jugement (14 janvier 2000) au paragr. 551 (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Kupreškić*].

⁹⁰ Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 98.

révèle l'examen des instruments adoptés dans la foulée de la Seconde Guerre mondiale de même que plusieurs jugements rendus dans différents pays. La chambre d'appel fait par ailleurs remarquer que les quelques jugements qui pouvaient donner à penser que les crimes contre l'humanité requièrent la preuve d'une politique soit sont allés clairement « au-delà de ce qui était envisagé par le texte qu'elles étaient censées appliquer », soit ne faisaient que « souligner les circonstances factuelles de l'espèce considérée »⁹¹. Elle ajoute, enfin, qu'elle a abouti à la même conclusion relativement au crime de génocide⁹². Si l'arrêt *Kunarac* s'est imposé au sein de la jurisprudence des deux tribunaux *ad hoc*, le raisonnement n'en a pas moins été vivement critiqué par la doctrine, notamment par le professeur William A. Schabas, qui a tâché de démontrer que les jugements et documents sur lesquels s'appuyait la chambre d'appel pour articuler sa position ne laissaient pas aussi clairement voir qu'elle l'entendait que la politique n'était pas un élément constitutif des crimes contre l'humanité⁹³. Contrairement à ses prédécesseurs, le *Statut de Rome* prescrit en des termes clairs que l'attaque doit être menée en application d'une politique élaborée par un État ou une organisation⁹⁴.

Il n'entre pas dans le cadre de notre propos de déterminer si le droit international coutumier requiert ou non la preuve d'une politique. Au-delà de l'infécondité du débat sur la teneur des jugements rendus après la Seconde Guerre mondiale qui se sont penchés sur l'exigence de la politique⁹⁵, il serait trop fastidieux d'établir l'état du droit coutumier sur cette question. Pour les fins de ce mémoire, nous nous contenterons de prendre acte de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* et, quant à l'exigence d'une politique, ne nous intéresserons donc qu'au *Statut de Rome*.

⁹¹ Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, à la note de bas de page 114.

⁹² Voir notre discussion à ce sujet : *infra*, chapitre III, sous-section 2.1, aux p. 133 et ss.

⁹³ William A. Schabas, « Crimes against Humanity: The State Plan or Policy Element » dans Leila Nadya Sadat et Michael P. Scharf, dir., *The Theory and Practice of International Criminal Law: Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2008, 347, aux p. 351-354.

⁹⁴ Article 7-2-a du *Statut de Rome* : « Par 'attaque lancée contre une population civile', on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, *en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque* » (italique ajouté).

⁹⁵ Un auteur pourtant opposé à ce que la preuve d'une politique soit une exigence des crimes contre l'humanité le reconnaît lui-même : Matt Halling, « Push the Envelope – Watch It Bend : Removing the Policy Requirement and Extending Crimes against Humanity » (2010) 23 *Leiden J Int'l L* 827, à la p. 831.

Les *Éléments des crimes*⁹⁶ – un document adopté par l'Assemblée des États parties au *Statut de Rome* qui a vocation à aider la Cour à interpréter et appliquer les articles 6, 7 et 8 du *Statut*⁹⁷ – révèlent que la « politique » envisagée par le *Statut* doit prendre la forme d'un encouragement à la commission multiple d'actes sous-jacents ou, à tout le moins, de la réunion de conditions favorables à la perpétration de tels actes⁹⁸. Même si, par définition, une politique est généralement mise en œuvre de façon active, il peut être admis, dans des circonstances exceptionnelles, que la politique prenne la forme d'une abstention délibérée d'agir⁹⁹. Par ailleurs, la politique n'a pas à être formalisée : elle peut être déduite d'un faisceau d'indices, allant de la propagande médiatique jusqu'à l'instauration de mesures discriminatoires par les autorités compétentes, en passant par la mobilisation des forces armées¹⁰⁰. En définitive, la preuve d'une « politique » consiste à démontrer que l'attaque a été planifiée, organisée ou dirigée¹⁰¹.

La politique doit être le produit d'un État ou d'une « organisation ». Le terme « État » ne pose pas de difficulté particulière. Précisons simplement qu'il n'est pas nécessaire que la politique ait été élaborée dans les plus hautes sphères de l'État : une politique esquissée par des organes régionaux ou locaux peut suffire pour remplir cette exigence¹⁰². Le terme « organisation » est en revanche plus problématique.

Dans la décision relative à la demande d'autorisation d'ouverture d'enquête sur la situation en République du Kenya, les juges de la chambre préliminaire se sont montrés divisés sur le sens à donner à ce concept. La dissidence du juge Kaul a levé le voile sur un débat qui anime les théoriciens du droit international pénal quant à l'objet même des crimes contre l'humanité – un débat clivant entre les tenants d'un élargissement de ce type de crimes aux violations du droit des droits humains et ceux qui s'attachent aux origines « étatistes » des

⁹⁶ *Éléments des crimes*, ICC-ASP OR, ICC-ASP/1/3, (2002) 108 [*Éléments des crimes*].

⁹⁷ Article 9-1 du *Statut de Rome*.

⁹⁸ Paragraphe 3 de l'introduction à l'article 7 des *Éléments des crimes*.

⁹⁹ L'abstention, à elle seule, ne suffit toutefois pas. Les *Éléments des crimes* précisent qu'« [o]n ne peut inférer l'existence d'une telle politique du seul fait que l'État ou l'organisation s'abstienne de toute action ».

¹⁰⁰ Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 22, aux paragr. 87 et 88.

¹⁰¹ Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation en Côte d'Ivoire, *supra* note 13.

¹⁰² Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation en Côte d'Ivoire, *supra* note 13, au paragr. 45.

crimes contre l'humanité¹⁰³. Laissant entendre que les crimes contre l'humanité visent tous les actes « qui violent les valeurs humaines fondamentales », la majorité refuse de cantonner la notion d'« organisation » aux groupes structurés à la manière d'un État ; autrement, certains actes qui compromettent les « valeurs humaines fondamentales », même s'ils ne sont pas le fait d'un État, ne pourraient être punis au titre des crimes contre l'humanité¹⁰⁴. Sans indiquer le critère permettant de distinguer une « organisation » capable de mener une attaque d'un autre groupe criminel – chaque cas étant un cas d'espèce, la majorité énumère certains facteurs pouvant être considérés, notamment les moyens dont dispose l'organisation ou l'effectivité du contrôle qu'elle exerce sur un territoire. Dans une forte dissidence, le juge Kaul préfère adopter une interprétation restreinte du terme « organisation », la limitant aux organisations susceptibles d'agir comme un État ou possédant des capacités quasi-étatiques¹⁰⁵. À ses yeux, toute violation des droits humains ne saurait constituer un crime contre l'humanité. Il rappelle que les crimes contre l'humanité ont été incorporés à l'ordre juridique international dans le but de poursuivre les personnes s'étant servies des ressources d'un État pour mener des campagnes de violence contre des populations civiles. L'empiètement sur la souveraineté des États était justifié par la menace que représentaient de telles situations pour la paix et la sécurité du monde. De l'avis du juge Kaul, l'article 7 du *Statut de Rome* repose sur la même logique, comme le fait voir notamment le préambule du *Statut*. L'article 7 ne peut donc concerner que les situations les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. Dès lors, l'« organisation » doit présenter des caractéristiques similaires à celles d'un État. En dépit de la qualité de l'argumentation du juge Kaul, c'est l'interprétation de la majorité qui fait jurisprudence¹⁰⁶.

Malgré la « souplesse » envisagée par la majorité, l'exigence relative à la politique demeure difficile à établir devant la Cour pénale internationale. Dans les deux affaires où les allégations de l'Accusation relativement à des crimes contre l'humanité n'ont pas été

¹⁰³ Pour une mise en contexte des enjeux soulevés par ce débat, voir : Charles C. Jalloh, « What Makes Crimes against Humanity Crimes against Humanity ? » (2013) 28 Am U Int'l L Rev 381, aux p. 385-391.

¹⁰⁴ Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 22, aux paragr. 90 à 93.

¹⁰⁵ Opinion dissidente du juge Kaul à la Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 74, aux paragr. 44 à 70.

¹⁰⁶ Voir, par exemple : Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation en Côte d'Ivoire, *supra* note 13, au paragr. 46.

retenues par la Cour – l’une au stade de la délivrance d’un mandat d’arrêt, l’autre à l’étape de la confirmation des charges – c’est l’existence de la politique qui posait problème¹⁰⁷.

¹⁰⁷ *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Décision relative à la confirmation des charges (16 décembre 2011) au paragr. 266 (CPI, Chambre préliminaire I) [Décision relative à la confirmation des charges dans l’affaire *Mbarushimana*] (décision prise à la majorité, non infirmée en appel) ; Décision relative à la délivrance d’un mandat d’arrêt dans l’affaire *Mudacumura*, *supra* note 58, aux paragr. 22 à 29.

Chapitre I – L’aspect matériel de l’exigence relative au lien entre l’acte incriminé et l’attaque

Forts d’un bref survol de la notion d’« attaque », nous entamons à présent l’analyse de l’exigence relative au lien entre l’acte incriminé et l’attaque. D’aucuns pourraient prétendre que s’interroger sur l’existence d’un lien entre l’acte incriminé et l’attaque est une tâche inutile, puisque en examinant s’il y a eu une attaque, l’instance pénale se trouve à déterminer la composition de cette attaque. Raisonner ainsi occulte la complexité de l’attaque. Il ne peut être exclu que certains actes à caractère criminel s’inscrivent en marge de la ligne de conduite de l’attaque tout en contribuant à celle-ci. Dans ce chapitre, nous tâcherons donc d’identifier le critère qui permet de conclure qu’un acte donné s’inscrivait dans le cadre de l’attaque (section 2). Cependant, avant toute chose, il importe de dissiper la confusion qui règne dans la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* sur la nature de l’acte qui doit être lié à l’attaque (section 1).

Section 1 – La portée de l’exigence relative au lien entre l’acte incriminé et l’attaque : la persistante confusion entre l’infraction sous-jacente et les actes de l’accusé

Sur ce qui doit être lié à l’attaque, les textes pertinents laissent peu de place à l’incertitude : ils renvoient tous trois à l’acte incriminé en tant que crime contre l’humanité. L’article 5 du *Statut du TPIY* et l’article 3 du *Statut du TPIR* emploient le terme « crimes », alors que l’article 7 du *Statut de Rome* fait référence aux « actes » incriminés¹⁰⁸. À ce stade de l’analyse, seule la conduite de l’auteur matériel, qu’il soit accusé ou non, doit donc être considérée¹⁰⁹. Nous reconnaissons que dans la plupart des cas, l’identité des auteurs

¹⁰⁸ Les *Éléments des crimes*, quant à eux, utilisent l’expression « comportement ».

¹⁰⁹ *Le Procureur c. Vlastimir Đorđević*, IT-05-87/1-T, Jugement (23 février 2011) à la note de bas de page 5975 (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Đorđević*] : « *In situations where the Accused is not the direct perpetrator of the attack [sic], it is established that it is the acts of the physical perpetrator that are to be assessed under this criterion, not the acts of the Accused [...].* » Voir aussi : *Le Procureur c. Milan*

matériels sera inconnue ou impossible à établir hors de tout doute raisonnable. L'impossibilité d'identifier nommément l'auteur matériel d'un acte pouvant être qualifié de crime contre l'humanité n'empêche toutefois pas de conclure qu'un tel crime a été commis¹¹⁰.

Malgré des dispositions claires, la jurisprudence des tribunaux pénaux *ad hoc* – tant en première instance qu'en appel – n'est toutefois pas des plus constante sur cette question, générant par là une confusion qui soulève un doute inutile sur ce que vise l'exigence du lien. Comme nous le verrons plus loin, la même problématique se pose pour l'élément mental¹¹¹.

Certes, au moment de déterminer si la condition du lien entre l'acte incriminé et l'attaque a été satisfaite, bon nombre de jugements s'intéressent au rapport existant entre les actes posés par l'auteur matériel et l'attaque dans le contexte de laquelle ils s'inscrivent. Par exemple, dans la récente affaire *Perišić*, la chambre de première instance I du TPIY a conclu que les crimes commis par les membres des forces armées serbes de Bosnie – et dont devait répondre M. Perišić au titre de l'aide et de l'encouragement et de la responsabilité du supérieur hiérarchique – l'ont été dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile¹¹².

Milutinović, IT-05-87-T, Jugement, vol. I (26 février 2009) au paragr. 152 (TPIY, Chambre de première instance III) [Jugement *Milutinović*].

¹¹⁰ Voir, par exemple : *Le Procureur c. Zdravko Tolimir*, IT-05-88/2-T, Jugement (12 décembre 2012) aux paragr. 717 à 720 (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Tolimir*] (où la chambre de première instance conclut que le massacre de 4 970 Musulmans par les « *Bosnian Serb Forces* » constituait un « assassinat » en tant que crime contre l'humanité). Par ailleurs, l'impossibilité d'identifier nommément l'auteur matériel d'un crime ne constitue pas un frein à l'établissement de la responsabilité pénale de celui qui a participé autrement à la commission de ce crime. Par exemple, l'identité exacte des membres d'une entreprise criminelle commune n'a pas nécessairement à être connue : *Le Procureur c. Fatmir Limaj*, IT-03-66-A, Arrêt (27 septembre 2007) au paragr. 104 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Limaj*]. Non plus d'ailleurs celle des subordonnés lorsque la responsabilité de l'accusé est engagée au titre de sa supériorité hiérarchique : *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, IT-97-25-PT, Decision on the Defence Preliminary Motion on the Form of the Indictment (24 février 1999) au paragr. 46 (TPIY, Chambre de première instance II) [Décision relative à la forme de l'acte d'accusation dans l'affaire *Krnojelac*], approuvé dans l'arrêt *Blaškić*, *supra* note 77, au paragr. 217. Pour la planification, l'incitation à commettre et l'ordre, voir : *Le Procureur c. Ljube Bošković*, IT-04-82-A, Arrêt (19 mai 2010) au paragr. 75 et à la note de bas de page 216 (TPIY, Chambre d'appel).

¹¹¹ *infra*, chapitre II, section 1, à partir de la p. 71.

¹¹² *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, IT-04-81-T, Jugement (6 septembre 2011) aux paragr. 87 et 736 (TPIY, Chambre de première instance I) [Jugement *Perišić*]. Dans la même veine, voir également : *Le Procureur c. Mico Stanišić*, IT-08-91-T, Jugement, vol. I (27 mars 2013) notamment aux paragr. 29, 213, 341, 686 et 806 (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Stanišić & Župljanin*]; *Le Procureur c. Hormisdas*

Certains jugements et arrêts laissent cependant entendre que ce sont les actes de l'*accusé* qui doivent se rattacher à l'attaque, et ce, même si ce dernier n'a pas commis lui-même le crime qui lui est reproché.

Le jugement rendu par la chambre de première instance I du TPIY dans l'affaire *Blagojević* en est un exemple frappant¹¹³. L'Accusation considérait que des crimes contre l'humanité – extermination, assassinat, persécutions, transfert forcé – avaient été commis lors du massacre de Srebrenica et que les accusés, des responsables des forces armées serbes de Bosnie, pouvaient en être tenus pénalement responsables notamment au titre de l'entreprise criminelle commune. Examinant l'exigence relative au lien entre les actes incriminés et l'attaque, la chambre ignore complètement lesdits actes pour ne s'intéresser qu'aux actes des deux accusés, qui n'avaient pourtant pas pris part directement à la commission des crimes¹¹⁴ :

Il faut établir l'existence d'un lien entre les actes de l'accusé et l'attaque dirigée contre la population civile.

[...]

Nsengimana, ICTR-01-69-T, Jugement (17 novembre 2009) aux paragr. 844, 845, 848 et 851 (TPIR, Chambre de première instance I) [Jugement *Nsengimana*]; Jugement *Milošević*, *supra* note 84, aux paragr. 918-920 ; *Le Procureur c. Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-T, Jugement (27 septembre 2006) aux paragr. 706 d) et 711 (TPIY, Chambre de première instance I) [Jugement *Krajišnik*].

¹¹³ Cette affaire concernait le massacre de plus de 7 000 hommes de confession musulmane survenu en juillet 1995 dans la région de Srebrenica, en Bosnie-Herzégovine. Les victimes, des hommes « en âge de combattre » qui avaient fui une enclave où ils bénéficiaient de la protection des Nations unies, ont été arrêtées, détenues, puis tuées sommairement par des membres des forces armées de la République serbe de Bosnie.

¹¹⁴ Par exemple, en rapport avec l'exécution des personnes détenues à l'école de Grbavci à Orahovac, les actes de l'accusé Dragan Jokić ont consisté en la supervision du déploiement du matériel militaire.

Les Accusés étaient tous deux des officiers de haut rang dans des brigades engagées dans l'attaque contre l'enclave de Srebrenica, et avaient donc connaissance du contexte plus large dans lequel leurs propres actes s'inscrivaient. La Chambre de première instance estime qu'il a été établi au-delà de tout doute raisonnable que les actes des deux Accusés participaient de l'attaque et que ces derniers le savaient.¹¹⁵

(soulignement ajouté)

D'autres jugements se réfèrent aux actes de l'« accusé » dans l'exposé du droit applicable aux crimes contre l'humanité, mais s'intéressent, en définitive, aux actions posées par les auteurs matériels qui ne sont pourtant pas accusés. Cette incohérence est particulièrement évidente dans l'arrêt *Mrkšić* de la chambre d'appel du TPIY. Énonçant le droit applicable, la chambre d'appel suggère que la culpabilité de toute personne pour un crime contre l'humanité dépend de la preuve que *ses* actes s'inscrivaient dans le cadre de l'attaque lancée contre la population civile, faisant ainsi écho à l'approche suivie dans l'affaire *Blagojević* :

*The Appeals Chamber recalls that once the requirement of a widespread or systematic attack against a civilian population is fulfilled, there must be a nexus between the acts of the accused and the attack itself. [...] [T]o convict an accused of crimes against humanity, it must be proven that his acts were related to a widespread or systematic attack against a civilian population and that he knew that his acts were so related.*¹¹⁶

(soulignement ajouté)

¹¹⁵ *Le Procureur c. Vidoje Blagojević*, IT-02-60-T, Jugement (17 janvier 2005) aux paragr. 547 et 553 (TPIY, Chambre de première instance I) (soulignement ajouté et note infrapaginale omise) [Jugement *Blagojević*]. Pour l'ensemble des citations de ce mémoire, nous omettrons les notes infrapaginales. Cette conclusion n'a pas été infirmée en appel. L'approche a été suivie dans d'autres affaires du TPIY où l'inculpé n'avait pas commis lui-même les actes incriminés. Voir, par exemple : *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-T, Jugement (1^{er} septembre 2004) aux paragr. 132 et 161 (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Brđanin*] ; *Le Procureur c. Blagoje Simić*, IT-95-9-T, Jugement (17 octobre 2003) aux paragr. 41, 981 et 982 (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Simić*].

¹¹⁶ *Le Procureur c. Mile Mrkšić*, IT-95-13/1-A, Arrêt (5 mai 2009) au paragr. 41 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Mrkšić*].

Pourtant, dans le paragraphe suivant, la chambre d'appel examine la relation entre les actes commis par les auteurs matériels et l'attaque, et ne considère aucunement le comportement des accusés¹¹⁷.

Plusieurs jugements récents du TPIR adoptent une position médiane. Aux fins de déterminer si l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque était satisfaite, ces jugements ont tenu compte, à la fois, de l'acte commis par l'auteur matériel *et* de la contribution de l'accusé à la réalisation de l'acte incriminé. Dans l'affaire *Ndindiliyimana*, par exemple, la chambre de première instance II du TPIR met sur le même pied les actes des accusés – des officiers de l'armée rwandaise qui n'avaient pas participé directement à la commission des crimes – et ceux des auteurs matériels :

The Chamber is satisfied that widespread and systematic attacks were launched against members of the civilian population in Rwanda on ethnic and political grounds following the death of President Habyarimana. As high-ranking military officers, the Accused would have been familiar with the situation both nationally and in areas under their control. Considering the highly organised and broad-based nature of the attacks on civilians, it is inconceivable that the Accused *and* the principal perpetrators did not know that *their* actions formed part of the larger attacks.¹¹⁸

(soulignement et italique ajoutés)

Remarquons ici que la chambre de première instance évoque le lien entre les actes incriminés et ceux des accusés, d'une part, et l'attaque, d'autre part, par le biais de la connaissance qu'avaient les auteurs matériels et les accusés du lien entre leur comportement et l'attaque¹¹⁹. Cette façon indirecte d'analyser le lien entre l'acte incriminé et l'attaque ne rend pas pleinement compte des raisons pour lesquelles la chambre a estimé

¹¹⁷ Arrêt *Mrkšić*, *supra* note 116, au paragr. 42. Voir également : *Le Procureur c. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Jugement (5 décembre 2003) aux paras 148 et 598 (TPIY, Chambre de première instance I) [Jugement *Galić*].

¹¹⁸ *Le Procureur c. Augustin Ndindiliyimana*, ICTR-00-56-T, Jugement (17 mai 2011) au paragr. 2089 (TPIR, Chambre de première instance II) (soulignement et italique ajoutés) [Jugement *Ndindiliyimana*]. Voir aussi : *Le Procureur c. Grégoire Ndahimana*, ICTR-01-68-T, Jugement (30 décembre 2011) au paragr. 838 (TPIR, Chambre de première instance II) [Jugement *Ndahimana*] ; *Le Procureur c. Jean-Baptiste Gatete*, ICTR-00-61-T, Jugement (31 mars 2011) au paragr. 634 (TPIR, Chambre de première instance III) [Jugement *Gatete*] ; *Le Procureur c. Tharcisse Renzaho*, ICTR-97-31-T, Jugement (14 juillet 2009) au paragr. 784 (TPIR, Chambre de première instance I) [Jugement *Renzaho*].

¹¹⁹ Voir également les jugements cités à la note de bas de page 118 de ce mémoire.

qu'un tel lien avait été établi. Dans la sous-section 2.2 de ce chapitre, nous tâcherons de démontrer qu'il est nécessaire qu'une chambre de première instance, ou une chambre préliminaire dans le cas de la Cour pénale internationale, indique de manière suffisamment détaillée les éléments qui lui ont permis de conclure à l'existence d'un lien entre l'acte incriminé et l'attaque¹²⁰.

Toute cette confusion tient probablement au fait que les expressions « accusé » et « auteur matériel » désignaient, à une certaine époque, la même personne¹²¹. Les premiers individus traduits devant les tribunaux *ad hoc* étaient en effet accusés d'avoir participé directement ou, à tout le moins, d'avoir été impliqués de près dans la commission des crimes qui leur étaient reprochés. Le premier jugement rendu par le TPIY, par exemple, a statué sur la responsabilité pénale de Duško Tadić, un membre d'un groupe paramilitaire serbe de Bosnie qui a commis de ses mains plusieurs des crimes pour lesquels il était poursuivi¹²².

Or, les efforts des procureurs des tribunaux *ad hoc* se concentrent aujourd'hui sur les personnes qui pourraient porter la plus grande part de responsabilité pour les crimes relevant de la compétence de ces tribunaux¹²³. Du fait de leur position hiérarchique, ces personnes n'ont généralement posé aucun acte équivalant aux éléments matériels des crimes qui leur sont reprochés. Le fait que certaines chambres des tribunaux pénaux internationaux ne tiennent pas compte de cette nouvelle donne dans la formulation des éléments constitutifs des crimes contre l'humanité pose problème. S'intéresser à la conduite de l'accusé plutôt qu'à celle de l'auteur matériel pourrait conduire une chambre à reconnaître cet accusé coupable de crimes qui ne font pas partie de l'attaque. Cela s'entend du fait que la contribution de tels accusés à la réalisation de l'acte incriminé est

¹²⁰ *infra*, chapitre I, sous-section 2.2, paragraphe 2.2.2, à partir de la p. 60.

¹²¹ Gideon Boas, James L. Bischoff et Natalie L. Reid, *International Criminal Law Practitioner Library*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, vol. 2, aux p. 35-37 [Boas *et al.*, *International Criminal Law Practitioner Library*].

¹²² Voir, par exemple, les conclusions factuelles de la chambre de première instance II relativement au chef d'accusation 10 (mauvais traitement d'un prisonnier par plusieurs personnes, dont Duško Tadić): Jugement *Tadić*, *supra* note 26, au paragr. 261.

¹²³ C'est ce qu'a demandé le Conseil de sécurité des Nations unies aux tribunaux *ad hoc* en 2004 dans sa résolution 1534 : « Le Conseil de sécurité, [...] agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations unies, [...] 5. Demande à chaque Tribunal de veiller à ce que les nouveaux actes d'accusation qu'il examinera et confirmera visent les plus hauts dirigeants soupçonnés de porter la responsabilité la plus lourde des crimes relevant de leur compétence [...] » (*Résolution 1534 (2004)*, *supra* note 22, à la p. 2). Voir, généralement :

généralement apportée à l'extérieur du cadre de l'attaque¹²⁴. Ce n'est pas dire, cependant, que la contribution de l'accusé à la réalisation des crimes doit être pour autant étrangère à l'attaque. Cette question relève plutôt de l'examen des principes de la responsabilité pénale individuelle, que nous étudierons dans le chapitre III de ce mémoire¹²⁵.

L'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque ne semble poser aucune difficulté d'application devant la Cour pénale internationale. Rappelons que l'article 7 du *Statut de Rome* fait référence aux « actes » incriminés. Les plus récentes décisions des chambres préliminaires, tant celles délivrant des mandats d'arrêt¹²⁶ et des citations à comparaître¹²⁷ que celles confirmant les charges portées par l'Accusation¹²⁸, de même que celles autorisant l'ouverture d'une enquête sur la situation de la criminalité d'un pays¹²⁹, s'intéressent toutes aux actes criminels perpétrés par l'auteur matériel¹³⁰. Dans la mesure où

Luc Côté, « Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law » (2005) 3 J Int'l Crim Just 162.

¹²⁴ Voir les commentaires de la chambre d'appel du TPIR dans l'arrêt *Nahimana*, *supra* note 18, au paragr. 934 et à la note de bas de page 2116.

¹²⁵ *infra*, chapitre III, sous-section 3.1, aux p. 146 et ss.

¹²⁶ Voir, par exemple : *Le Procureur c. Abdel Raheem Muhammad Hussein*, ICC-02/05-01/12, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58 Relating to Abdel Raheem Muhammad Hussein (1^{er} mars 2012) au paragr. 18 (CPI, Chambre préliminaire I) [Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Hussein*]; *Le Procureur c. Laurent Koudou Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, Décision relative à la demande de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Laurent Koudou Gbagbo, déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 (30 novembre 2011) au paragr. 70 (CPI, Chambre préliminaire III) [Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Laurent Gbagbo*]; *Situation en Jamahiriya arabe libyenne*, ICC-01/11, Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 du Statut concernant Muammar Mohammed Abu Minya QADHAFI, Saif Al-Islam QADHAFI et Abdullah AL-SENUSSI (27 juin 2011) aux paragr. 41 et 65 (CPI, Chambre préliminaire I) [Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Kadhafi*].

¹²⁷ *Le Procureur c. William Samoei Ruto*, ICC-01/09-01/11, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang (8 mars 2011) aux paragr. 31 et 32 (CPI, Chambre préliminaire II) [Décision relative à la délivrance de citations à comparaître dans l'affaire *Ruto*]; *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura*, ICC-01/09-02/11, 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) aux paragr. 25 à 28 (CPI, Chambre préliminaire II) [Décision relative à la délivrance de citations à comparaître dans l'affaire *Muthaura*].

¹²⁸ Voir, par exemple : *Le Procureur c. William Samoei Ruto*, ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute (23 janvier 2012) au paragr. 222 (CPI, Chambre préliminaire II) [Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Ruto*]; Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*, *supra* note 78, aux paragr. 84 et 85.

¹²⁹ Voir, par exemple : Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation en Côte d'Ivoire, *supra* note 13, aux paragr. 89 et 90 (pour les crimes commis par les membres des forces pro-Laurent Gbagbo) et 116 (pour les crimes commis par les forces loyales au président élu Alassane Ouattara).

¹³⁰ Avant qu'un individu ne soit cité à procès devant la Cour pénale internationale, une chambre préliminaire doit d'abord délivrer un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître (article 58 du *Statut de Rome*), puis ensuite confirmer les charges portées par le Procureur (article 61 du *Statut de Rome*). Lorsque le Procureur

il est peu probable que le procureur de la Cour pénale internationale porte des charges contre une personne suspectée d'avoir commis elle-même un acte incriminé en tant que crime contre l'humanité¹³¹, il n'est pas à craindre que les expressions « actes de l'accusé » et « actes de l'auteur matériel » puissent être employées de manière indistincte par la jurisprudence pour désigner ce qui doit s'inscrire dans le cadre de l'attaque.

Section 2 – La détermination du lien entre l'acte incriminé et l'attaque : une étape occultée, mais nécessaire

Comme nous l'avons vu dans le chapitre liminaire, le lien entre le crime et l'attaque est ce qui caractérise les crimes contre l'humanité. Paradoxalement, cette exigence est peu balisée. Peut-être parce qu'il est difficilement concevable qu'un crime commis dans la région ou à l'époque d'une attaque ne participe pas de cette attaque, cette étape est en effet souvent occultée dans l'analyse des crimes contre l'humanité¹³². Dans cette section, nous tâcherons de clarifier le critère applicable (sous-section 2.1), puis proposerons une méthode d'analyse de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque qui tient compte, à la fois, de l'obligation de motiver suffisamment le jugement et de la nature des éléments de preuve apportés devant les instances pénales internationales (sous-section 2.2).

entend ouvrir une enquête de sa propre initiative, il doit en demander l'autorisation à une chambre préliminaire de la Cour (article 15 du *Statut de Rome*).

¹³¹ Selon toute vraisemblance, le critère de gravité énoncé à l'article 17 du *Statut de Rome* devrait conduire la Cour à déclarer irrecevable l'affaire qui impliquerait un auteur matériel. Certes, la Cour peut juger *quiconque* commet un crime relevant de sa compétence (article 25-2 du *Statut de Rome*). L'article 17 prévoit toutefois qu'aucune suite n'est donnée à une affaire qui ne revêt pas un caractère « suffisamment grave ». Une chambre préliminaire de la Cour a estimé que la gravité d'une affaire ne concerne pas seulement l'ampleur des crimes, mais également le degré de responsabilité présumé de l'accusé : Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 22, au paragr. 188. Voir également : Schabas, « Prosecutorial Discretion », *supra* note 22, aux p. 243-244.

¹³² Margaret M. deGuzman, « Crimes against humanity » dans William A. Schabas et Nadia Bernaz, dir., *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Oxon, Routledge, 2011, 121 à la p. 133.

2.1 Le critère applicable

Ni les statuts des tribunaux *ad hoc* ni le *Statut de Rome* ne définissent les paramètres permettant de déterminer si un crime s'inscrit ou non dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. Nous ne sommes pas sans repères pour autant. À l'évidence, un critère fondé exclusivement sur l'époque ou le lieu de la commission du crime ne peut convenir¹³³. Autrement, cela signifierait que tout crime perpétré pendant le déroulement de l'attaque ou dans la région où elle a lieu devrait être considéré comme un crime contre l'humanité, rendant ainsi illusoire la distinction qui doit exister entre les crimes relevant du droit interne et ceux dont les conséquences intéressent la communauté internationale. À l'inverse, un crime qui poursuit l'objectif d'une attaque mais qui n'a pas été commis au centre de celle-ci pourrait, pour cette seule raison, être exclu du domaine d'application des crimes contre l'humanité, et ce, même s'il s'agit d'un crime hautement répréhensible¹³⁴.

Dans cette sous-section, nous allons dégager, dans un premier temps, le critère applicable (paragraphe 2.1.1). Dans un deuxième temps, nous aborderons sous l'angle de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque deux questions que nous avons traitées dans le chapitre liminaire, à savoir le statut civil de la victime d'un crime contre l'humanité (paragraphe 2.1.2) et le lien entre l'acte incriminé et la politique (paragraphe 2.1.3).

¹³³ Un critère aussi restrictif n'est utilisé par la jurisprudence du TPIY que pour déterminer si les crimes contre l'humanité ont été commis au cours d'un conflit armé – une exigence propre à ce seul tribunal, comme nous l'avons vu plus haut (*supra*, note de bas de page 51 de ce mémoire). Voir Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 83 : « [...] [l'exigence] est satisfaite dès lors qu'est prouvée l'existence d'un conflit armé et qu'il est établi qu'il existait un lien objectif du point de vue géographique et temporel entre les actes de l'accusé et le conflit armé ».

¹³⁴ Guénaël Mettraux donne l'exemple des affaires dites de « dénonciation » (un individu dénonçant un autre pour ses opinions jugées contraires à l'idéologie du régime) instruites devant les tribunaux militaires constitués après la Seconde Guerre mondiale. Même si certains faits ont eu lieu après la fin de la guerre, il a été jugé que la dénonciation d'une personne pour ses opinions dissidentes était suffisamment liée à l'attaque menée par le régime naziste contre la population juive pour qu'elle constitue un crime contre l'humanité : Guénaël Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2005 à la p. 163, note de bas de page 38 [Mettraux, *International Crimes*]. Pour l'exemple d'un crime qui a été commis avant l'attaque mais qui a néanmoins été considéré comme un crime contre l'humanité, voir : Arrêt *Hategekimana*, *supra* note 75, aux paragr. 58 à 63.

2.1.1 Le critère appliqué par la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* et la Cour pénale internationale : une analyse contextuelle

Quoiqu'ils l'aient formulé de différentes façons, les tribunaux *ad hoc* et la Cour pénale internationale ont énoncé pour l'essentiel le même critère pour distinguer les crimes contre l'humanité des crimes relevant du droit interne : pour qu'un comportement soit sanctionné au titre des crimes contre l'humanité, celui-ci doit partager les caractéristiques de l'attaque, en poursuivre les objectifs, être de la même nature que les autres actes qui la forment ou encore en prolonger les effets. La chambre de première instance III du TPIR résume ainsi le critère applicable dans l'affaire *Semanza* :

Quoiqu'il ne soit pas nécessaire que l'acte ait été commis au même lieu et au même moment que l'attaque ou qu'il comporte toutes les caractéristiques de l'attaque, il doit cependant, de par ses caractéristiques, ses objectifs, sa nature ou ses effets, s'inscrire objectivement dans le cadre [de l'attaque].¹³⁵

Vu l'emploi de la conjonction « ou », il n'est pas nécessaire, à notre avis, que les caractéristiques, l'objectif, la nature et les effets du crime doivent tous correspondre à ceux de l'attaque. Il pourrait d'ailleurs difficilement en être autrement. S'il fallait exiger que tout

¹³⁵ Jugement *Semanza*, *supra* note 68, au paragr. 326. Le critère de distinction entre les crimes contre l'humanité et les crimes de droit domestique avait été énoncé pour la première fois dans le jugement *Kunarac* de la chambre de première instance II du TPIY : « Il doit exister, entre les actes de l'accusé et l'attaque, un lien consistant dans [...] la commission d'un acte qui, par sa nature ou par ses conséquences, fait objectivement partie de l'attaque [...]. » (Jugement *Kunarac*, *supra* note 13, au paragr. 418). Ce critère a été approuvé par la chambre d'appel de ce même tribunal : Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 99. Auparavant, les chambres de première instance s'étaient simplement contentées d'observer qu'il fallait que le crime « présente un lien » avec l'attaque (Décision relative à la confirmation de l'acte d'accusation dans l'affaire *Mrkšić*, *supra* note 68, au paragr. 30) ou encore qu'il « s'accorde » avec celle-ci (Jugement *Tadić*, *supra* note 26, au paragr. 659), sans préciser davantage les contours du critère de distinction. Nous en convenons, la formulation *Kunarac* paraît plus restrictive que celle retenue dans l'affaire *Semanza*. Selon nous, il ne s'agit toutefois que d'une simple apparence, les expressions « nature » et « conséquences » employées dans le jugement *Kunarac* pouvant valablement couvrir les notions de « caractéristiques », « objectifs », « nature » et « effets » identifiées dans le jugement *Semanza*, *supra* note 68. Aucune des deux formulations ne s'est d'ailleurs véritablement imposée au sein de la jurisprudence. Par exemple, c'est la formule *Semanza* qui a été adoptée par la chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale dans la Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*, *supra* note 78, au paragr. 86. La formulation *Kunarac* a, quant à elle, été reprise dans des jugements récents des chambres de première instance du TPIY (voir, à titre d'exemple : Jugement *Dorđević*, *supra* note 109, au paragr. 1594) et ceux d'autres instances pénales à caractère international (voir, par exemple : *Le Procureur c. Moinina Fofana* (affaire « CDF »), SCSL-04-14-T, Jugement (2 août 2007) au paragr. 120 (TSSL, Chambre de première instance I) ; Jugement *Duch*, *supra* note 11, au paragr. 318).

crime soit de même nature que les autres crimes qui composent l'attaque, par exemple, cela reviendrait à exiger que toute attaque soit composée de manière homogène. Or, non seulement cela est impensable, mais le *Statut de Rome* exclut cette approche¹³⁶. Ainsi, selon toute vraisemblance, la corrélation entre un seul des aspects identifiés dans le jugement *Semanza* et l'attaque suffit.

Notons que le critère de distinction est parfois présenté sous une forme négative, aux termes de laquelle sont écartés du régime des crimes contre l'humanité les actes dits « isolés » :

Les actes incriminés doivent s'inscrire dans le cadre de l'attaque. Cette condition vise à exclure les actes isolés. Un acte serait considéré comme isolé si son lien avec l'attaque est si lointain que, vu le contexte et les circonstances dans lequel il a été commis, nul ne saurait raisonnablement soutenir qu'il en faisait partie.¹³⁷

Cette dernière formulation du critère n'est pas incompatible avec la façon dont il a été énoncé dans l'affaire *Semanza*. Une décision récente de la Cour pénale internationale a d'ailleurs fusionné les deux approches :

Pour déterminer si un acte relevant du champ d'application de l'article 7-1 du Statut s'inscrit dans le cadre d'une attaque, la Chambre doit tenir compte de la nature, des buts et des conséquences dudit acte. Les actes isolés qui, de par leur nature, leurs buts et leurs conséquences, diffèrent clairement d'autres actes s'inscrivant dans le cadre d'une attaque, ne relèvent pas de l'article 7-1 du Statut.¹³⁸

Deux auteurs suggèrent une approche différente, qu'ils fondent sur le rôle qu'a pu jouer le contexte de l'attaque dans la perpétration de l'acte incriminé. Kai Ambos et Steffen Wirth

¹³⁶ Rappelons que l'article 7-2 du *Statut de Rome* définit l'« attaque » comme étant le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés par cet article, en employant le mot « acte » au pluriel.

¹³⁷ Jugement *Krajišnik*, *supra* note 112, notamment aux paragr. 721 et 732, prenant appui sur les propos de la chambre d'appel du TPIY dans l'arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 100.

¹³⁸ Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 22, au paragr. 98. Voir aussi : Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation en Côte d'Ivoire, *supra* note 13, au paragr. 89. Nous ne croyons pas qu'il faille se formaliser du fait que la chambre préliminaire présente la nature, les buts et les conséquences des actes comme étant des conditions cumulatives.

postulent qu'une « attaque » du genre de celles qui sont visées par les textes sanctionnant les crimes contre l'humanité accroît le risque qui existe en temps normal pour les membres de la population civile visée d'être victimes d'un acte de violence, particulièrement lorsque cette attaque est orchestrée dans les plus hautes sphères de l'État¹³⁹. Ainsi, aux fins de déterminer si un comportement doit être considéré comme un crime contre l'humanité, Ambos et Wirth proposent d'analyser la nature du danger que posait pour la victime celui qui a adopté ce comportement :

*If the dangerousness of an individual criminal is increased because his or her conduct occurs in such a context, the act must be regarded objectively as a part of the attack. For example, a person who, because of the attack and the policy behind it, could not turn to the police for help suffers the specific risk created by the attack. If this person is killed, the killing is part of the attack. On the other hand, a person who is killed in the course of an ordinary burglary is not a victim of crimes against humanity if the police would have been willing to protect the person (but arrived too late). Such a person suffers only the general risk to become a crime victim but not the special risk created by the attack.*¹⁴⁰

Ce critère rejoint, d'une certaine manière, celui développé par la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* et celle de la Cour pénale internationale quant au lien de connexité qui doit être établi entre un acte incriminé en tant que crime de guerre et le conflit armé. Les crimes de guerre doivent être, à l'instar des crimes contre l'humanité, étroitement liés au contexte dans lequel ils surviennent¹⁴¹. S'il n'est pas requis que l'acte puni en tant que crime de guerre ne s'explique que par le conflit armé, il doit être à tout le moins prouvé que

¹³⁹ Pareil contexte étant souvent caractérisé par la disparition des structures étatiques de protection civile, la population se trouve, pour ainsi dire, à la merci d'une violence aveugle. Dans certains cas, les policiers sont même les auteurs matériels des crimes : Jugement *Dorđević*, *supra* note 109, au paragr. 1715 (concluant que neuf Kosovars d'origine albanaise ont été tués par des policiers serbes dans le village de Mala Krusa/Krusë-e-Vogël en mars 1999) ou encore, font preuve de laxisme dans les enquêtes sur les crimes commis lors de l'attaque : Jugement *Stanišić & Župljanin*, *supra* note 112, vol. II, aux paragr. 513-517 (décrivant l'attitude de l'accusé Stojan Župljanin à l'égard de crimes commis contre les non-Serbes).

¹⁴⁰ Ambos et Wirth, « Current Law of Crimes against Humanity », *supra* note 63, à la p. 36. Le professeur Ambos a réitéré sa proposition dans une analyse récente de l'article 7 du *Statut de Rome* : Kai Ambos, « Crimes Against Humanity and the ICC » dans Leila Nadya Sadat, dir., *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 279 à la p. 291 [Sadat, *Forging a Convention for Crimes against Humanity*].

¹⁴¹ Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 58. Du côté de la Cour pénale internationale, les *Éléments des crimes* exigent, pour chaque crime de guerre puni par l'article 8 du *Statut de Rome*, la preuve que le comportement a eu lieu dans le contexte d'un conflit armé et était associé à ce conflit.

le déroulement du conflit armé a « considérablement pesé sur la capacité de l'auteur du crime à le commettre, sa décision de le commettre, la manière dont il l'a commis ou le but dans lequel il l'a commis »¹⁴². Certains auteurs estiment d'ailleurs que les instances pénales chargées de juger les personnes accusées de crimes contre l'humanité auraient tout intérêt à s'inspirer de ce critère pour examiner l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque¹⁴³.

Le critère pourrait également tenir compte de la façon dont les instances pénales internationales sanctionnent les individus qui participent à la mise en œuvre d'un plan visant la commission d'un ou plusieurs crimes. Devant les tribunaux *ad hoc*, un individu qui a participé à une entreprise criminelle commune peut voir sa responsabilité pénale engagée non seulement pour le crime projeté, mais également pour tous les crimes qui sont une conséquence prévisible de la réalisation du plan criminel commun¹⁴⁴. Dans la même veine, en vertu du *Statut de Rome* de la Cour pénale internationale, celui qui contribue à la réalisation d'un plan qui n'a rien de criminel en soi mais dont la mise en œuvre présente un « risque suffisant » qu'un crime soit commis peut être reconnu coupable de ce crime¹⁴⁵.

¹⁴² Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 58. Les chambres préliminaires de la Cour pénale internationale ont employé un langage à peine différent : « Il ne s'agit donc pas de considérer le conflit armé comme la cause ultime du comportement ni d'exiger que ce comportement prenne place au milieu des combats. Néanmoins, le conflit armé doit jouer un rôle substantiel dans la décision de l'auteur du crime, dans la capacité de celui-ci de l'exécuter ou dans la manière dont le comportement a finalement été commis. » (*Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Décision sur la confirmation des charges (29 janvier 2007) au paragr. 287 (CPI, Chambre préliminaire I) [Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga*]).

¹⁴³ Rodney Dixon et Christopher K. Hall, « Crimes against humanity – para. 1 'Chapeau' » dans Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *supra* note 69, 168 à la p. 176, note de bas de page 53.

¹⁴⁴ Même si dans son articulation du critère de « prévisibilité », la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* met l'accent sur l'aspect « subjectif » de la prévisibilité – à savoir la connaissance qu'avait l'accusé du fait que le crime qui ne s'inscrivait pas dans le plan criminel commun était néanmoins une conséquence prévisible de l'exécution dudit plan – il ressort des arrêts de principe de la chambre d'appel du TPIY qu'un examen « objectif » de la prévisibilité est nécessaire au préalable : Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, aux paragr. 204, 220 et 228 ; *Le Procureur c. Mitar Vasiljević*, IT-98-32-A, Arrêt (25 février 2004) au paragr. 101 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Vasiljević*] ; *Le Procureur c. Miroslav Kvočka*, IT-98-30/1-A, Arrêt (28 février 2005) au paragr. 86 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Kvočka*]. Pour une application récente, voir : Jugement *Tolimir*, *supra* note 110, aux paragr. 1137, 1138 et 1150 (où la chambre de première instance constate, à titre liminaire, que certains des crimes qui ont résulté de la réalisation du plan criminel commun en étaient une conséquence prévisible). *Contra*, voir : Jugement *Stanišić & Župljanin*, *supra* note 112, aux paragr. 521 à 528 et 770 à 781 (où la chambre de première instance ne s'intéresse qu'à l'état d'esprit des deux accusés à l'égard des crimes qui ne faisaient pas partie du plan criminel commun).

¹⁴⁵ Il s'agit également d'un double critère : il doit être établi, d'une part, que le plan en lui-même présentait un « risque suffisant » qu'un crime soit commis (Jugement *Lubanga*, *supra* note 20, aux paragr. 985 à 987) et, d'autre part, que l'accusé était conscient de ce risque (*ibid*, au paragr. 1013).

Nous reviendrons en détails sur ces modes de participation dans le chapitre III¹⁴⁶. Dans la mesure où plan et attaque se confondent souvent dans les faits¹⁴⁷, le critère de « prévisibilité » / « risque suffisant » employé par les instances pénales internationales pour déterminer si un accusé peut être tenu responsable d'un crime qui n'était pas prévu au plan pourrait valablement s'appliquer à l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque. Ainsi, relèverait de l'attaque tout crime qui est la conséquence prévisible de la mise en œuvre de l'objectif de l'attaque. Il faudrait toutefois se garder de faire une application automatique de ce critère : comme l'a souligné avec justesse une chambre préliminaire de la Cour pénale internationale, il ne peut être exclu qu'une attaque obéisse à sa logique propre, indépendamment du dessein criminel que pourrait partager l'accusé avec d'autres personnes¹⁴⁸.

Au critère applicable s'ajoutent des facteurs qui peuvent révéler l'existence d'un lien entre un acte donné et l'attaque. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous avons relevé dans la doctrine et la jurisprudence les facteurs suivants : le degré de ressemblance entre le crime et les autres actes qui composent l'attaque¹⁴⁹ ; l'importance que le crime revêt pour accomplir le but de l'attaque¹⁵⁰ ; la proximité entre l'auteur matériel du crime et ceux qui ont commis

¹⁴⁶ *infra*, chapitre III, sous-section 1.1, à partir de la p. 114.

¹⁴⁷ Voir, par exemple, les conclusions de la chambre de première instance saisie de l'affaire *Tolimir* relatives à l'attaque et aux deux entreprises criminelles communes retenues : Jugement *Tolimir*, *supra* note 110, aux paragr. 710 (relevant que l'attaque était généralisée en raison du nombre élevé de personnes tuées et déplacées), 1040 (concluant qu'il y avait un plan commun pour déplacer de force la population musulmane des enclaves de Srebrenica et Žepa) et 1071 (concluant qu'il y avait également un plan commun pour tuer les hommes de Srebrenica).

¹⁴⁸ Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Mudacumura*, *supra* note 58, au paragr. 62.

¹⁴⁹ Il subsiste en jurisprudence et en doctrine un débat sur la pertinence de ce facteur. Pour certains, la similitude entre les gestes de l'auteur matériel et les autres crimes qui forment l'attaque est un facteur à considérer : *Le Procureur c. Alex Tamba Brima (affaire « AFRC »)*, SCSL-04-16-T, Jugement (20 juin 2007) au paragr. 220 (TSSL, Chambre de première instance II) ; Rodney Dixon, « Crimes against humanity – Paragraph 1 'Chapeau' » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 121 à la p. 125. D'autres rejettent toutefois cette idée : « *The acts of the accused [sic] need not be of the same type as other acts committed during the attack. For example, if a group launches a killing campaign, and a person commits sexual violence in the execution of that campaign, the person is guilty of the crime against humanity of sexual violence. It is irrelevant whether the State or organization encouraged sexual violence, since the necessary contextual element is already satisfied because of the attack based on killing* » (Cryer *et al.*, *Introduction to International Criminal Law*, *supra* note 69, à la p. 244) (soulignement ajouté).

¹⁵⁰ Mettraux, *International Crimes*, *supra* note 134, à la p. 162. Le crime n'a toutefois à pas à être décisif pour l'attaque : Isabelle Fouchard, « La formation du crime contre l'humanité en droit international », dans Mireille Delmas-Marty, dir., *Le crime contre l'humanité*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, 7 à la p. 30.

les autres crimes¹⁵¹ et l'appartenance de la victime au groupe ethnique visé par l'attaque¹⁵². L'absence de l'un de ces facteurs ne saurait évidemment signifier que le crime ne peut être rattaché à l'attaque. Par ailleurs, le fait que la victime connaissait l'auteur matériel du crime avant l'attaque n'empêche pas pour autant de conclure que le crime participait de l'attaque¹⁵³.

2.1.2 Le statut de la victime comme facteur de rattachement et non critère

Comme nous l'avons vu dans le chapitre liminaire, l'attaque dans le cadre de laquelle s'inscrivent les crimes contre l'humanité doit être dirigée contre une population civile. Est-ce à dire que les victimes, considérées de façon individuelle, doivent également être civiles ? Le crime commis contre un membre d'une force armée dans le cadre d'une attaque dirigée contre une population civile peut-il être, malgré tout, un crime contre l'humanité ? En d'autres termes, le statut « civil » de la victime est-il un élément constitutif du crime contre l'humanité ? Ou s'agit-il d'un simple facteur tendant à démontrer l'existence d'un lien entre l'acte incriminé et l'attaque ? Les tribunaux pénaux *ad hoc* ont longtemps éludé ces questions. Du côté du TPIY, les chambres de première instance et la chambre d'appel ne se sont pas formalisées du fait que des soldats pouvaient compter parmi les victimes d'un crime contre l'humanité¹⁵⁴. Peut-être parce qu'il pouvait difficilement être mis en doute que les victimes des crimes qui ont été commis au Rwanda étaient civiles, le statut

¹⁵¹ Antonio Cassese, « Crimes against Humanity » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R.W.D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2002, 353 aux p. 360-61.

¹⁵² *Sylvestre Gacumbitsi c. Le Procureur*, ICTR-01-64-A, Arrêt (7 juillet 2006) au paragr. 102 (TPIR, Chambre d'appel) [Arrêt *Gacumbitsi*]. La même chambre d'appel précisera néanmoins dans un arrêt subséquent qu'il n'est pas requis de prouver que la victime appartenait au groupe visé par l'attaque : *Emmanuel Rukundo c. Le Procureur*, ICTR-01-70-A, Arrêt (20 octobre 2010) à la note de bas de page 121 (TPIR, Chambre d'appel) [Arrêt *Rukundo*]. Pour une application, voir : *Mikaeli Muhimana c. Le Procureur*, ICTR-95-1B-A, Arrêt (21 mai 2007) aux paragr. 172-174 (TPIR, Chambre d'appel) [Arrêt *Muhimana*].

¹⁵³ Arrêt *Gacumbitsi*, *supra* note 152, au paragr. 103.

¹⁵⁴ Les décisions rendues dans les affaires relatives au massacre survenu à Srebrenica (Bosnie-Herzégovine) en juillet 1995 en sont peut-être le meilleur exemple. Au moment de déterminer si un crime contre l'humanité avait été commis, les chambres de première instance n'ont opéré aucune distinction entre les victimes civiles et les victimes qui étaient membres de l'armée de Bosnie-Herzégovine. Voir, à titre d'illustration, les conclusions portant sur la responsabilité pénale de l'officier serbe Dragan Jokić pour le crime d'extermination dans le jugement *Blagojević*, *supra* note 115, aux paragr. 114, 115, 220, 552, 577 et 772. Aucune des parties n'a porté ces conclusions en appel.

des victimes n'a pas non plus fait l'objet de débats devant le TPIR¹⁵⁵. Les autres instances pénales internationales ne se sont guère intéressées à la question¹⁵⁶. Il a fallu attendre les affaires *Martić* et *Mrkšić*, toutes deux instruites devant le TPIY en 2007, pour qu'un tribunal pénal international se penche véritablement sur le problème du statut de la victime d'un crime contre l'humanité. Compte tenu que dans un conflit armé, au-delà des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité peuvent être commis contre des personnes ayant des statuts variés selon le droit international humanitaire¹⁵⁷, il convient de s'attarder quelques instants sur ces questions.

Le 18 novembre 1991, des paramilitaires d'origine serbe ont tué dix prisonniers dans la localité de Škabrnja, en Croatie. La preuve présentée au procès a permis de révéler que deux des victimes, Mile Pavičić et Ivica Šegarić, étaient membres des forces de défense croates de Škabrnja au moment de leur décès¹⁵⁸. En dépit de l'appartenance de ces deux victimes à des forces armées, l'Accusation a considéré que les dix homicides constituaient des crimes contre l'humanité¹⁵⁹. La chambre de première instance I du TPIY n'a pas partagé cet avis. Rappelant que « la qualité de civil de la victime est l'un des éléments qui caractérisent un crime contre l'humanité »¹⁶⁰, la chambre a refusé d'appliquer l'article 5 du *Statut du TPIY* à des incidents dont les victimes n'étaient pas civiles¹⁶¹. De l'avis de la chambre, cette restriction est conforme au principe fondamental du droit relatif aux crimes de guerre voulant qu'une distinction soit établie entre les civils et les combattants¹⁶². La chambre a justifié l'application de ce principe, relevant pourtant d'un autre domaine du droit international pénal, par le fait que l'article 5 exige explicitement que les crimes contre

¹⁵⁵ Joakim Dungel, « Defining Victims of Crimes against Humanity: *Martić* and the International Criminal Court » (2009) 22 *Leiden J Int'l L* 727, à la p. 744 [Dungel, « Victims of Crimes against Humanity »], citant l'arrêt *Akayesu*, *supra* note 52, au paragr. 464.

¹⁵⁶ Dungel, « Victims of Crimes against Humanity », *supra* note 155, aux p. 744-745.

¹⁵⁷ Aaron M. Hines, « Filling in the Gaps of ICTY Jurisprudence : The Notion of Combatants *Hors de combat* as Victims of Crimes against Humanity », disponible en ligne : Social Science Research Network, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1471569>, aux p. 17-19.

¹⁵⁸ Jugement *Martić*, *supra* note 15, au paragr. 387.

¹⁵⁹ Voir *Le Procureur c. Milan Martić*, IT-95-11-T, Acte d'accusation modifié (9 septembre 2003) aux paragr. 31 et 37 (TPIY, Bureau du procureur).

¹⁶⁰ Jugement *Martić*, *supra* note 15, au paragr. 51, faisant écho aux propos de la Chambre d'appel du TPIY dans l'arrêt *Blaškić*, *supra* note 77, au paragr. 107.

¹⁶¹ Jugement *Martić*, *supra* note 15, au paragr. 51.

¹⁶² Jugement *Martić*, *supra* note 15 au paragr. 56.

l'humanité soient liés à un conflit armé¹⁶³. Par ailleurs, la chambre a ajouté qu'elle ne voyait aucune raison d'élargir la notion de « civil » de manière telle qu'elle comprendrait les personnes mises hors de combat, comme les prisonniers de guerre par exemple. Invoquant les instruments pertinents du droit international humanitaire, plus particulièrement le *Protocole additionnel I* aux Conventions de Genève qui exclut de la définition de « civil » tout membre des forces armées, quelle que soit sa situation¹⁶⁴, et les arrêts *Blaškić* et *Galić* de la chambre d'appel du TPIY¹⁶⁵, la chambre de première instance a exprimé l'avis que le terme « civil » devait être interprété de façon stricte lorsqu'il s'agit de déterminer si des crimes contre l'humanité ont été effectivement commis¹⁶⁶. Pour toutes ces raisons, la chambre a conclu que les éléments constitutifs de l'assassinat en tant que crime contre l'humanité n'avaient pas été établis pour les homicides de Mile Pavičić et d'Ivica Šegarić, ces derniers étant demeurés des membres des forces armées malgré leur mise hors de combat¹⁶⁷. La chambre a appliqué le même raisonnement à plusieurs autres incidents qui impliquaient des victimes non civiles¹⁶⁸. Notons que Milan Martić n'a toutefois pas été acquitté des chefs d'accusation qui comprenaient ces incidents, la chambre s'étant contentée de les « morceler »¹⁶⁹. Cet allègement des accusations ne semble pas avoir eu d'effet sur la peine qui lui a été imposée¹⁷⁰.

¹⁶³ Jugement *Martić*, *supra* note 15, au paragr. 56. La chambre laisse donc entendre que son approche quant au statut des victimes ne vaudrait pas pour les autres instruments sanctionnant les crimes contre l'humanité, lesquels ne requièrent pas un lien entre les crimes et le déroulement d'un conflit armé. Nous argumenterons le contraire un peu plus loin : *infra*, aux p. 51 et ss.

¹⁶⁴ Rappelons que l'article 50-1 du *Protocole additionnel I*, *supra* note 54, définit la personne civile comme étant toute personne qui n'est pas membre de l'un ou l'autre des corps armés identifiés aux articles 4 A) 1), 2), 3) et 6) de la *Troisième Convention de Genève*, *supra* note 85, et à l'article 43 du même protocole.

¹⁶⁵ Elle écarte toutefois l'arrêt de la même chambre d'appel dans l'affaire *Le Procureur c. Dario Kordić*, IT-95-14/2-A, Arrêt (17 décembre 2004) (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Kordić*], dans lequel l'instance d'appel semble avoir suivi une approche différente de celle qu'elle avait adoptée dans l'arrêt *Kordić* en étendant la portée de la notion de « civil » aux personnes mises hors de combat.

¹⁶⁶ Jugement *Martić*, *supra* note 15, au paragr. 55.

¹⁶⁷ Jugement *Martić*, *supra* note 15, au paragr. 387.

¹⁶⁸ Voir, par exemple, les conclusions de la chambre quant aux crimes liés à la détention de personnes dans une caserne de l'armée yougoslave à Knin (Croatie), parmi lesquelles se trouvaient certains membres des forces armées croates : Jugement *Martić*, *supra* note 15, aux paragr. 410 (emprisonnement, torture, actes inhumains) et 411 (persécution).

¹⁶⁹ Voir le résumé des conclusions de la chambre : Jugement *Martić*, *supra* note 15, au paragr. 480.

¹⁷⁰ Dans son analyse de la gravité des infractions, la chambre de première instance ne fait aucune mention des incidents pour lesquels Milan Martić a été « acquitté ». Ces « acquittements » n'ont pas été considérés comme des circonstances atténuantes non plus. La chambre a ultimement condamné Milan Martić à purger une peine de 35 ans d'emprisonnement.

Le débat entourant le statut de la victime d'un crime contre l'humanité a donc soulevé deux questions distinctes :

1. La notion de « civil » employée à l'article 5 du *Statut du TPIY* peut-elle couvrir les personnes mises hors de combat ?
2. L'article 5 du *Statut du TPIY* peut-il s'appliquer à des crimes ayant fait des victimes non civiles ?

Les deux questions ont été tranchées par la chambre d'appel dans l'affaire *Martić*¹⁷¹. La réponse apportée à la seconde nous intéresse plus particulièrement¹⁷². La chambre d'appel a décidé qu'une personne mise hors de combat pouvait être victime d'un crime contre l'humanité. Un certain nombre de raisons ont motivé la conclusion de la chambre d'appel. Premièrement, à sa face même, l'exigence que les actes incriminés en tant que crimes contre l'humanité doivent s'inscrire dans le cadre d'une attaque dirigée contre une population civile n'emporte pas la condition que l'acte ait été commis à l'encontre d'une personne civile¹⁷³. Deuxièmement, l'historique législatif laisse clairement voir que les rédacteurs du *Statut du TPIY* n'ont pas eu l'intention d'exclure les non-civils du domaine d'application de l'article 5¹⁷⁴. Troisièmement, dans les affaires instruites jusqu'ici par le

¹⁷¹ Compte tenu que la poursuite contestait en appel les conclusions des deux jugements de première instance quant au statut de la victime d'un crime contre l'humanité, Veselin Šljivančanin, appelant dans le dossier *Mrkšić*, a demandé à la chambre d'appel de statuer sur les deux appels dans le même arrêt. Cette requête a été rejetée au motif que « *while similar legal issues in different cases may arise, those issues always have to be considered in the context of each individual case* » : *Le Procureur c. Milan Martić*, IT-95-11-A, Decision on Veselin Šljivančanin's Motion Requesting Simultaneous Adjudication of the *Prosecutor v. Milan Martić and Prosecutor v. Mile Mrkšić and Veselin Šljivančanin* Cases (16 avril 2008) au paragr. 6 (TPIY, Chambre d'appel).

¹⁷² Quant à la notion de « civil » dans le contexte des crimes contre l'humanité, la chambre d'appel a refusé d'élargir la portée de cette expression de manière telle qu'elle viserait également les personnes mises hors de combat. La chambre d'appel a rappelé avoir toujours indiqué que c'est la définition que donne le *Protocole additionnel I*, *supra* note 54, de la notion de « civil » – laquelle exclut les personnes qui ne peuvent combattre – qui doit être appliquée aux crimes contre l'humanité. La chambre d'appel a toutefois reconnu que l'application de la notion de « civil » dans l'arrêt *Kordić* a été « *arguably somewhat inconsistent* » : Arrêt *Martić*, *supra* note 85, à la note de bas de page 796. Elle a fait également observer que la définition qu'elle préconise correspond au sens « naturel et ordinaire » du mot « civil », sens à la lumière duquel les dispositions du *Statut* doivent être interprétées. Toujours selon la chambre d'appel, les origines historiques des crimes contre l'humanité – lesquels ont été « conçus » pour pallier les situations auxquelles ne s'appliquaient les règles traditionnelles du droit relatif aux crimes de guerre – commandent que les définitions des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre soient interprétées de façon cohérente : Arrêt *Martić*, *supra* note 85, aux paragr. 291 à 302.

¹⁷³ Arrêt *Martić*, *supra* note 85 aux paragr. 304-305.

¹⁷⁴ Arrêt *Martić*, *supra* note 85 au paragr. 306.

TPIY, les chambres de première instance et la chambre d'appel n'ont jamais opéré une distinction entre les victimes civiles et celles qui ne le sont pas lorsque la « masse » des victimes n'était pas homogène¹⁷⁵ – ce que n'ont pas davantage fait les tribunaux saisis d'affaires découlant de la Seconde Guerre mondiale¹⁷⁶. Enfin, le fait d'admettre que des non-civils puissent être victimes d'un crime contre l'humanité ne viendra pas brouiller la différence qu'il doit exister entre les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. La chambre a rappelé que ces deux catégories de crimes protègent des intérêts distincts, permettant ainsi le cumul de déclarations de culpabilité à raison d'un même incident¹⁷⁷. La chambre d'appel a conclu que les incidents que la chambre de première instance avait refusé de reconnaître comme des crimes contre l'humanité devaient être sanctionnés à ce titre¹⁷⁸, mais a maintenu la peine imposée en première instance¹⁷⁹. Dans l'arrêt qu'elle rendra quelques mois plus tard dans l'affaire *Mrkšić*, la chambre d'appel réitérera son interprétation de l'article 5 du *Statut du TPIY*¹⁸⁰. Elle précisera que le statut de la victime constitue tout au plus un facteur permettant de déterminer si l'attaque visée par l'acte d'accusation était effectivement dirigée contre une population civile¹⁸¹.

Malgré ces arrêts, quelques zones d'ombre demeurent au sujet du statut des victimes des crimes contre l'humanité.

Premièrement, la question n'ayant été tranchée que pour le *Statut du TPIY*, qu'en est-il des autres tribunaux ? Dans la mesure où rien ne distingue le *Statut du TPIY* du *Statut du TPIR* et du *Statut de Rome* en ce qui concerne la cible de l'attaque – les trois statuts prévoient que l'attaque doit être dirigée contre une population civile – nous croyons que la solution serait

¹⁷⁵ Arrêt *Martić*, *supra* note 85 aux paragr. 307-308.

¹⁷⁶ Arrêt *Martić*, *supra* note 85 aux paragr. 309-311.

¹⁷⁷ Arrêt *Martić*, *supra* note 85 au paragr. 312. Le cumul des déclarations de culpabilité, qui est justifié par le besoin de rendre pleinement compte de la conduite criminelle en cause, n'est permis que si chaque crime comporte un élément « nettement distinct » que l'autre ne requiert pas : Arrêt *Kordić*, *supra* note 165, au paragr. 1033. Compte tenu que le crime de guerre exige la preuve d'un fait que n'exigent pas les crimes contre l'humanité (le lien étroit entre le comportement et le conflit armé), et vice-versa, un tribunal pénal international peut valablement reconnaître un individu coupable de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité à raison des mêmes faits : Arrêt *Jelisić*, *supra* note 43 au paragr. 82.

¹⁷⁸ Arrêt *Martić*, *supra* note 85, aux paragr. 315-320.

¹⁷⁹ « *Given that these additional convictions are based on the same underlying acts, the Appeals Chamber finds that no increase of sentence is warranted* » : Arrêt *Martić*, *supra* note 85, au paragr. 352.

¹⁸⁰ Arrêt *Mrkšić*, *supra* note 116, aux paragr. 25-29.

¹⁸¹ Arrêt *Mrkšić*, *supra* note 116, au paragr. 30.

la même devant le TPIR et la Cour pénale internationale¹⁸². Qui plus est, le raisonnement de la chambre d'appel du TPIY se fonde essentiellement sur le droit international coutumier, lequel peut être appliqué par le TPIR et la Cour pénale internationale¹⁸³.

Deuxièmement, s'il semble acquis qu'un acte visant une personne qui n'est pas en état de combattre peut être considéré comme un crime contre l'humanité, il n'est pas aussi clair si cela pourrait être le cas avec un membre des forces armées en situation de combat. *Quid* du soldat tué lors d'affrontements ayant eu lieu dans un village sous le coup d'une attaque ? Si la chambre d'appel a pris le soin de circonscrire la portée de ses deux arrêts aux personnes mises hors de combat, elle semble avoir ouvert la porte dans l'arrêt *Martić* à la possibilité qu'un soldat en situation de combat puisse être victime d'un crime contre l'humanité. En effet, elle souligne que « *there is nothing in the text of Article 5 of the Statute, or previous authorities of the Appeals Chamber that requires that individual victims of crimes against humanity must be civilians* »¹⁸⁴. En revanche, le bureau du procureur du TPIY estime que les crimes commis à l'encontre de soldats qui sont engagés dans des combats ne peuvent être qualifiés de crimes contre l'humanité¹⁸⁵.

En tout état de cause, le statut de la victime est un facteur qui permet de mettre en évidence le lien entre l'acte incriminé et l'attaque, comme l'avait déjà laissé entendre une chambre de première instance du TPIY¹⁸⁶.

¹⁸² Dungel, « Victims of Crimes against Humanity », *supra* note 155, aux p. 740 à 743.

¹⁸³ Pour le TPIR, voir par exemple : Arrêt *Nahimana*, *supra* note 18, aux paragr. 916-917 (approuvant la définition coutumière de l'« attaque » donnée par la chambre d'appel du TPIY dans l'arrêt *Kunarac*, *supra* note 7). Du côté de la Cour pénale internationale, le droit international coutumier n'est pas une source de droit à proprement parler, l'article 21 du *Statut de Rome* prévoyant que la Cour applique « en premier lieu » ses propres instruments. Il s'agit néanmoins d'une source secondaire pertinente : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*, *supra* note 8, au paragr. 508. Pour une application du droit international coutumier à l'un des crimes visés par le *Statut de Rome*, voir : *ibid*, paragr. 448 (définition du crime d'actes inhumains).

¹⁸⁴ Arrêt *Martić*, *supra* note 85, au paragr. 307.

¹⁸⁵ La position du Bureau du procureur se fonde sur la légalité de ce comportement au regard du droit relatif aux crimes de guerre : *Le Procureur c. Milan Martić*, IT-95-11-A, Prosecution's Appeal Brief (25 septembre 2007) au paragr. 5 (TPIY, Bureau du procureur). En revanche, si le crime est commis contre un soldat alors qu'il n'y a pas de conflit armé, le crime pourrait constituer un crime contre l'humanité. À cet égard, le Bureau du procureur donne l'exemple du massacre « préventif » de 20 000 soldats par les autorités d'un gouvernement qui craindraient un coup d'État : *Le Procureur c. Milan Martić*, IT-95-11-A, Prosecution's Reply Brief (29 janvier 2008) aux paragr. 3-5 (TPIY, Bureau du procureur).

¹⁸⁶ Jugement *Simić*, *supra* note 115, au paragr. 41.

2.1.3 Le lien entre l'acte incriminé et la politique dans le cadre du *Statut de Rome* : un critère superflu

Comme nous l'avons souligné dans le chapitre liminaire, l'article 7-2 du *Statut de Rome* prescrit que l'attaque doit être menée « en application d'une politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ». Cette exigence – dont la preuve n'est requise que devant la Cour pénale internationale – doit-elle trouver écho dans l'examen du lien entre l'acte incriminé et l'attaque ? En d'autres termes, l'acte incriminé doit-il poursuivre les fins de la politique en application de laquelle est lancée l'attaque ? À l'évidence, les crimes dont on aura considéré qu'ils forment le cœur de l'attaque seront liés à la politique inspirant cette attaque. La difficulté tient plutôt à savoir si une conduite criminelle qui se distingue à première vue des crimes composant le cœur de l'attaque doit, elle aussi, s'inscrire dans le cadre de la politique.

La question n'a pas encore été tranchée comme telle par la Cour pénale internationale. Dans certaines décisions, les chambres préliminaires n'ont considéré que le lien entre les actes incriminés et l'attaque¹⁸⁷. Dans d'autres, elles ont noté que les crimes dénoncés par l'Accusation poursuivaient les fins de la politique en application de laquelle était conduite l'attaque, sans toutefois préciser s'il s'agissait là d'une exigence à satisfaire¹⁸⁸.

À notre avis, il faut aborder la question du lien entre l'acte incriminé et la politique avec souplesse et, de ce fait, ne pas en faire une condition supplémentaire. Rappelons que l'article 7-2 du *Statut de Rome* définit l'attaque comme un « comportement qui consiste en la commission multiple d'actes [...] à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ». Il ressort clairement du texte de cette disposition que c'est l'attaque envisagée dans son ensemble – « comportement qui consiste en la commission multiple d'actes » – qui doit être menée en application d'une politique et non chacun des actes sous-jacents. La jurisprudence récente des chambres préliminaires de la Cour pénale

¹⁸⁷ Voir, par exemple : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*, *supra* note 78, au paragr. 150 (au sujet du lien entre deux assassinats et l'attaque).

¹⁸⁸ Voir, par exemple : Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Hussein*, *supra* note 126, au paragr. 18.

internationale envisage d'ailleurs l'exigence relative à la politique sous cet angle. Selon la décision confirmant les charges portées contre Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, pour répondre au critère de la politique, « [l']*attaque* doit [...] être planifiée, dirigée ou organisée, et non constituée d'actes de violence spontanés ou isolés »¹⁸⁹, laissant ainsi la porte ouverte à ce que des actes qui se démarquent de la politique puissent néanmoins constituer des crimes contre l'humanité. Par ailleurs, l'interprétation littérale de l'article 7-2 du *Statut de Rome* que nous préconisons ne fait pas violence aux origines historiques des crimes contre l'humanité. Les jugements rendus dans la foulée de la Seconde Guerre mondiale recèlent en effet d'exemples d'agissements qui ont été sanctionnés en tant que crimes contre l'humanité et qui ne relevaient pourtant pas directement de la politique d'attaque contre la population civile¹⁹⁰. En l'absence de condition supplémentaire, c'est donc le critère relatif au lien entre l'acte incriminé et l'attaque qui doit s'appliquer¹⁹¹.

Une question connexe se pose. L'auteur matériel doit-il être lié aux acteurs qui ont conçu la politique en application de laquelle est menée l'attaque ?¹⁹² Selon une jurisprudence constante des chambres préliminaires, l'exigence relative à la politique implique que l'*attaque* visée par l'article 7 du *Statut de Rome* doit être *mise en œuvre* par des moyens publics ou par une organisation¹⁹³. Nous observons toutefois que la jurisprudence n'est pas allée jusqu'à exiger que *tous les crimes* soient commis par des fonctionnaires de l'État ou des membres de l'organisation. Encore une fois, cette approche nous semble conforme avec la jurisprudence post-Seconde Guerre mondiale¹⁹⁴. Dans sa dissidence à la décision portant ouverture d'une enquête sur la situation en République du Kenya, le juge Kaul a exprimé

¹⁸⁹ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*, *supra* note 8, au paragr. 396 (italique ajouté), repris dans la Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 22, au paragr. 84 et récemment *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58 (13 juillet 2012) au paragr. 24 (CPI, Chambre préliminaire II) [Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Ntaganda*].

¹⁹⁰ Voir, par exemple, la recension effectuée par la chambre d'appel du TPIY des jugements qui ont été rendus après la Deuxième Guerre mondiale et qui concernaient des individus agissant seuls : Arrêt *Tadić*, *supra* note 6 aux paragr. 255 et ss.

¹⁹¹ Pour un rappel de ce critère, voir *supra*, chapitre I, sous-section 2.1, à partir de la p. 41.

¹⁹² La question se pose également dans le cas des crimes de guerre. Le professeur Antonio Cassese estimait que rien n'empêche de considérer le crime commis par un individu qui n'appartient à aucune force armée comme un crime de guerre, pourvu qu'il existe un lien entre le crime et le conflit armé : Antonio Cassese, « The Nexus Requirement for War Crimes » (2012) 10 J Int'l Crim J 1395, aux p. 1413-1414.

¹⁹³ Opinion dissidente du juge Kaul à la Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 74, au paragr. 69.

l'avis que les actes des auteurs matériels devaient, à tout le moins, avoir été tolérés par le niveau décisionnaire de l'entité qui a dessiné la politique¹⁹⁵.

2.2 Une méthode d'analyse appropriée

Comme nous l'avons expliqué en introduction à cette section, l'analyse du lien entre l'acte incriminé et l'attaque est souvent occultée. Il ne devrait pas en être ainsi. Les statuts des tribunaux *ad hoc* et le *Statut de Rome* prescrivent que les jugements de première instance doivent être motivés¹⁹⁶. Cette exigence, l'un des corollaires du droit d'un accusé à un procès équitable, permet à l'instance d'appel d'être en position de comprendre et d'évaluer les conclusions auxquelles est parvenue la chambre de première instance¹⁹⁷. L'obligation de motivation prend une dimension particulière devant la Cour pénale internationale, où les conclusions d'une chambre de première instance relativement à la responsabilité de l'accusé sont cruciales en vue de déterminer la réparation qui pourra être accordée aux victimes des crimes qui en font la demande en vertu de l'article 75 du *Statut de Rome*¹⁹⁸. Si elle n'est pas tenue d'énoncer tous les éléments factuels qui soutiennent ses conclusions¹⁹⁹, la chambre de première instance doit à tout le moins indiquer « de manière suffisamment détaillée les éléments qui ont été acceptés comme établissant tous les éléments constitutifs

¹⁹⁴ Pour des exemples d'affaires impliquant des personnes non liées à l'entité ayant lancé l'attaque, voir : Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, aux paragr. 260 à 262.

¹⁹⁵ Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 22, aux paragr. 84 et 85 (citant les décisions confirmant les charges dans les affaires *Katanga*, *supra* note 8, et *Bemba*, *supra* note 78).

¹⁹⁶ Article 23-2 du *Statut du TPIY* ; article 22-2 du *Statut du TPIR* ; article 74-5 du *Statut de Rome*. En théorie, cette obligation ne vaut pas pour les décisions préliminaires de la Cour pénale internationale, l'article 74-5 du *Statut de Rome* ne visant que les jugements finaux. Malgré qu'elles n'y soient pas tenues, les chambres préliminaires exposent toutefois avec beaucoup de détails les raisons pour lesquelles elles délivrent un mandat d'arrêt ou confirment les charges portées contre un accusé. Une auteure a vivement critiqué cette approche, arguant que l'exposé du raisonnement de la chambre préliminaire sur la suffisance de la preuve à ces étapes des procédures pouvait contaminer les juges du fond : Michela Miraglia, « Admissibility of Evidence, Standard of Proof, and Nature of the Decision in the ICC Confirmation of Charges in *Lubanga* » (2008) 6 J Int'l Crim Just 489, aux p. 498-501. L'obligation de motivation ne s'applique évidemment pas pour les arrêts de la chambre d'appel, le rôle de cette dernière n'étant pas de même nature qu'une chambre de première instance. De fait, la chambre d'appel jouit de la discrétion de décider des moyens qui méritent une analyse détaillée : *Le Procureur c. Yussuf Muniyakazi*, ICTR-97-36A-A, Arrêt (28 septembre 2011) au paragr. 10 (TPIR, Chambre d'appel) [Arrêt *Muniyakazi*].

¹⁹⁷ *Le Procureur c. Ramush Haradinaj*, IT-04-84-A, Arrêt (19 juillet 2010) au paragr. 128 (TPIY, Chambre d'appel).

¹⁹⁸ Marc Henzelin, Veijo Heiskanen et Guénaél Mettraux, « Reparations to Victims before the International Criminal Court : Lessons from International Mass Claims Processes » (2006) 17 Crim LF 317, à la p. 329.

des crimes reprochés »²⁰⁰. L'obligation d'expliciter le raisonnement à l'appui des conclusions juridiques et factuelles s'applique sans l'ombre d'un doute à la preuve du lien entre l'acte incriminé en tant que crime contre l'humanité et l'attaque, l'un des éléments constitutifs du crime contre l'humanité. Il nous semble aller de soi qu'un accusé doit pouvoir s'assurer que le crime contre l'humanité dont il est reconnu coupable relève effectivement du droit international. Dans cette sous-section, nous analyserons deux aspects de l'examen de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque qui nous semblent être négligés par la jurisprudence, à savoir la suffisance de la description de l'attaque (paragraphe 2.2.1) et le caractère détaillé de l'analyse du lien (paragraphe 2.2.2). Nous concluons cette sous-section en nous intéressant à la difficulté que pose, pour l'analyse du lien entre l'acte incriminé et l'attaque, la nature des situations de criminalité dont sont saisies les instances pénales internationales (paragraphe 2.2.3).

2.2.1 L'exigence de décrire adéquatement l'attaque

Dans les affaires dont sont saisies les instances pénales internationales, l'existence d'une attaque généralisée ou systématique est rarement contestable – les cas où il est conclu qu'une attaque n'a pas été établie constituent, en fait, l'exception²⁰¹. Peut-être parce qu'il leur apparaît acquis qu'une attaque a bel et bien eu lieu, plusieurs chambres de première instance ne prennent pas la peine de décrire les contours de cette attaque, se limitant à simplement constater qu'une population civile a fait l'objet d'une attaque²⁰². L'exigence

¹⁹⁹ Arrêt *Kvočka*, *supra* note 144, au paragr. 23.

²⁰⁰ Arrêt *Kordić*, *supra* note 165, au paragr. 385. Constatant l'absence de conclusions spécifiques sur les éléments constitutifs de la plupart des crimes dans le jugement de première instance, la chambre d'appel a dû revoir elle-même la preuve admise pour déterminer si tous les éléments constitutifs des crimes reprochés avaient été établis : *ibid*, paragr. 387 et 388.

²⁰¹ Du côté du TPIY, par exemple, il a été jugé que seules les opérations menées par l'Armée de libération du Kosovo ne correspondaient pas à la définition d'« attaque » au sens des crimes contre l'humanité. Voir : *Le Procureur c. Fatmir Limaj*, IT-03-66-T, Jugement (30 novembre 2005) aux paragr. 191-228 (TPIY, Chambre de première instance II) ; *Le Procureur c. Ramush Haradinaj*, IT-04-84-T, Jugement (3 avril 2008) aux paragr. 110-122 (TPIY, Chambre de première instance I) [Jugement *Haradinaj*]. Il a été conclu à l'existence d'une « attaque » dans toutes les affaires où des crimes contre l'humanité étaient allégués.

²⁰² C'est une tendance particulièrement apparente dans la jurisprudence récente du TPIR. Voir, par exemple : *Le Procureur c. Yussuf Munyakazi*, ICTR-97-36A-T, Jugement (5 juillet 2010) au paragr. 505 (TPIR, Chambre de première instance I) : « *The Trial Chamber has considered the totality of the evidence, in particular concerning the ethnic composition of the individuals who were killed during the events in this case. The Trial Chamber is satisfied that there was a widespread and systematic attack against the civilian*

que les crimes participent de l'attaque implique, à notre avis, une description préalable suffisante de l'attaque par les chambres de première instance.

Nous avons identifié un peu plus haut le critère que la jurisprudence des instances pénales internationales applique pour déterminer si un crime fait partie d'une attaque ou non²⁰³. Ce critère consiste en un exercice de comparaison entre les attributs du crime et les paramètres de l'attaque. À notre sens, cette analyse ne peut être concluante que si le cadre d'analyse – en l'occurrence, l'attaque – est défini avec suffisamment de précision. Comment peut-on déterminer qu'un crime, de par ses caractéristiques, son objectif, sa nature ou ses effets, s'inscrit dans le cadre d'une attaque si les contours de celle-ci sont tracés dans des termes vagues ? Certes, contrairement aux conflits armés, dont la définition a été maintes fois interprétée et qui présentent des balises permettant de décrire la durée et l'étendue²⁰⁴, la notion d'« attaque » renvoie à une réalité à géométrie variable, de telle sorte qu'il peut être difficile d'identifier les caractéristiques, les objectifs, la nature et les effets de l'attaque à l'étude²⁰⁵. Toutefois, comme le mentionne à juste titre le professeur Göran Sluiter, il n'en demeure pas moins que la description suffisante du contexte créé par l'attaque est une tâche préalable nécessaire à l'examen du lien²⁰⁶. Il s'agit, en quelque sorte, de mettre la table pour analyser adéquatement le lien entre les actes incriminés et le contexte de l'attaque. Dans cette optique, une chambre de première instance devrait, au moment de se prononcer sur l'existence de l'attaque, répondre aux questions suivantes : (a) comment l'attaque se

population on ethnic grounds. ». Dans la même veine, voir : Jugement *Ndindiliyimana*, *supra* note 118, au paragr. 2089.

²⁰³ *supra*, chapitre I, sous-section 2.1, à partir de la p. 41.

²⁰⁴ Arrêt *Tadić* relatif à la compétence, *supra* note 31, au paragr. 70 : « Sur la base de ce qui précède, nous estimons qu'un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État. Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix ; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des États belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non. ». Cette définition s'applique également devant la Cour pénale internationale : Jugement *Lubanga*, *supra* note 20, au paragr. 533. L'article 8-2-f du *Statut de Rome* définit le conflit armé ne présentant pas un caractère international comme étant le conflit armé qui oppose de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes organisés entre eux.

²⁰⁵ Payam Akhavan, « Contributions of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda to Development of Definitions of Crimes against Humanity and Genocide » (2000) 94 *Am Soc'y Int'l L Proc* 279, à la p. 280.

²⁰⁶ Göran Sluiter, « 'Chapeau Elements' of Crimes against Humanity » dans Sadat, *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, *supra* note 140, 102 à la p. 138.

caractérise-t-elle ? (b) quel en est l'objectif ? (c) quels sont les crimes qui la composent ? (d) comment l'attaque pèse-t-elle sur la population civile visée ? Pour ce faire, les incidents qui n'étaient pas couverts par un chef d'accusation mais qui ont néanmoins été prouvés par l'Accusation peuvent servir à étayer l'existence d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile²⁰⁷.

Compte tenu des remarques qui précèdent, il y a lieu de s'interroger sur une pratique adoptée par certaines chambres des tribunaux *ad hoc*, particulièrement celles du TPIR, relativement à la preuve de l'attaque. Les règlements de procédure et de preuve de ces tribunaux obligent les chambres de première instance à dresser un constat judiciaire de ce qui est de « notoriété publique »²⁰⁸. Dans leurs premières décisions interlocutoires, les chambres de première instance du TPIR se sont montrées divisées sur la possibilité de constater ainsi le déroulement d'une attaque²⁰⁹. La chambre d'appel du TPIR a tranché la question dans l'arrêt *Semanza* en concluant qu'il était notoire et incontestable que des attaques généralisées ou systématiques dirigées contre une population civile ont eu lieu au Rwanda entre le mois d'avril et le mois de juillet 1994²¹⁰, pavant ainsi la voie à une reconnaissance judiciaire de l'« attaque » dans les affaires à être instruites subséquentement. La chambre d'appel a expliqué que ce constat judiciaire ne déchargeait pas l'Accusation de son fardeau de preuve ; il s'agissait simplement d'une autre manière dont elle pouvait s'en acquitter²¹¹. Dans une décision interlocutoire rendue un an plus tard, la même chambre

²⁰⁷ Jugement *Brđanin*, *supra* note 115, au paragr. 397 ; Jugement *Haradinaj*, *supra* note 201 ; Jugement *Lukić*, *supra* note 10, au paragr. 890.

²⁰⁸ Article 94-A du *Règlement de procédure et de preuve* du TPIY, IT/32/Rev.48 (19 novembre 2012) [*Règlement de procédure et de preuve* du TPIY] ; article 94-A du *Règlement de procédure et de preuve* du TPIR, IT/32/Rev.46 (20 octobre 2011). L'article 69-6 du *Statut de Rome* impose une obligation du même ordre aux différentes chambres de la Cour pénale internationale : « La Cour n'exige pas la preuve des faits qui sont notoires, mais en dresse le constat judiciaire ».

²⁰⁹ Dans le dossier *Semanza*, la chambre de première instance III du TPIR a accepté de constater judiciairement l'existence d'attaques : *Le Procureur c. Laurent Semanza*, ICTR-97-20-I, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice and Presumptions of Facts Pursuant to Rules 94 and 54 (3 novembre 2000) au paragr. 29 (TPIR, Chambre de première instance III). En revanche, dans d'autres décisions, les chambres de première instance ont refusé de dresser un tel constat au motif qu'il était contestable. Voir les affaires citées dans : Ralph Mamiya, « Taking Judicial Notice of Genocide ? The Problematic Law and Policy of the *Karemera* Decision » (2007-08) 25 *Wis Int'l LJ* 1, aux p. 8-9.

²¹⁰ *Le Procureur c. Laurent Semanza*, ICTR-97-20-A, Arrêt (20 mai 2005) au paragr. 192 (TPIR, Chambre d'appel) [Arrêt *Semanza*].

²¹¹ Arrêt *Semanza*, *supra* note 210, au paragr. 192. Dans la même veine, voir : *Le Procureur c. Édouard Karemera*, ICTR-98-44-AR73(C), Decision on Prosecutor's Interlocutory Appeal of Decision on Judicial Notice (16 juin 2006) au paragr. 30 (TPIR, Chambre d'appel) [Appel interlocutoire relatif au constat judiciaire dans l'affaire *Karemera*].

d'appel a opéré une subtile distinction entre le concept juridique de l'« attaque » et la situation factuelle qu'il cerne :

*It is true that “widespread and systematic attack against a civilian population” and “armed conflict not of an international character” are phrases with legal meanings, but they nonetheless describe factual situations and thus can constitute “facts of common knowledge”. The question is not whether a proposition is put in legal or layman’s terms (so long as the terms are sufficiently well defined such that the accuracy of their application to the described situation is not reasonably in doubt). The question is whether the proposition can reasonably be disputed. Neither the Trial Chamber nor any of the Accused has demonstrated any reasonable basis for disputing the facts in question.*²¹²

Dans la foulée de l'arrêt *Semanza*, au moins une chambre de première instance du TPIR s'est autorisée à conclure à l'existence d'une « attaque » au sens de l'article 3 du *Statut du TPIR* sur la seule base du constat judiciaire qu'elle avait dressé à l'ouverture du procès²¹³. D'autres chambres ont rappelé avoir noté un tel état de fait en début de procès, mais ont ajouté que la preuve qui avait été présentée devant elles les satisfaisait également que l'élément contextuel de l'attaque avait été établi²¹⁴. Du côté du TPIY, aucun jugement de première instance ne s'est autorisé de l'arrêt *Semanza* pour conclure à l'existence d'une attaque au moyen d'un constat judiciaire.

Il n'est pas dans notre propos de déterminer s'il est possible, en droit, de constater judiciairement une « attaque »²¹⁵. Nous tenons néanmoins à souligner que cette façon d'aborder l'attaque nous apparaît critiquable du point de vue de l'exigence relative au lien

²¹² Appel interlocutoire relatif au constat judiciaire dans l'affaire *Karemura*, *supra* note 211, au paragr. 29.

²¹³ *Le Procureur c. Protais Zigiranyirazo*, ICTR-01-73-T, Jugement (18 décembre 2008) aux paragr. 10 et 383 (TPIR, Chambre de première instance III) [Jugement *Zigiranyirazo*].

²¹⁴ Voir, par exemple : *Le Procureur c. Callixte Nzabonimana*, ICTR-98-44D-T, Jugement (31 mai 2012) aux paragr. 1779 et 1780 (TPIR, Chambre de première instance III) [Jugement *Nzabonimana*] ; *Le Procureur c. Gaspard Kanyarukiga*, ICTR-02-78-T, Jugement (1^{er} novembre 2010) aux paragr. 659 à 663 (TPIR, Chambre de première instance II) [Jugement *Kanyarukiga*] ; Jugement *Nsengimana*, *supra* note 112, au paragr. 845. Une chambre a même invoqué le constat judiciaire dressé dans d'autres affaires : *Le Procureur c. Emmanuel Rukundo*, ICTR-01-70-T, Jugement (27 février 2009) à la note de bas de page 855 (TPIR, Chambre de première instance II) [Jugement *Rukundo*].

²¹⁵ Sur la question, voir : James G. Stewart, « Judicial Notice in International Criminal Law : A Reconciliation of Potential, Peril and Precedent » (2003) 3 Int'l Crim L Rev 245, aux p. 261-267 (arguant qu'il est possible pour une instance pénale internationale de constater judiciairement une situation factuelle ayant des composantes juridiques).

entre l'acte incriminé et l'attaque. Le constat judiciaire soustrait la chambre de première instance au devoir auquel elle devrait être tenue de décrire les tenants et aboutissants de l'attaque, et ce, même si l'existence d'une attaque ne fait aucun doute. Comme nous l'avons expliqué plus haut dans ce paragraphe, se borner à conclure au déroulement d'une attaque sans la décrire davantage handicape irrémédiablement l'analyse du lien entre l'acte incriminé et l'attaque.

2.2.2 L'analyse détaillée du lien entre l'acte incriminé et l'attaque, crime par crime

Le deuxième problème d'analyse concerne la façon dont le lien entre l'acte incriminé et l'attaque est examiné par la jurisprudence des instances pénales internationales. Dans plusieurs jugements du TPIY, les raisons pour lesquelles il est estimé qu'un acte incriminé présente un lien avec l'attaque sont exposées de façon plutôt succincte, les chambres de première instance semblant souvent tenir pour acquise l'existence d'un lien entre les actes incriminés et l'attaque dans le cadre de laquelle ils ont été commis. Par exemple, dans le dossier *Perišić*, la chambre de première instance I se contente de constater que « [...] *the crimes committed by the VRS and/or MUP were part of that attack, and that the perpetrators knew of the attack and that their acts formed part of it* », sans se référer davantage aux éléments de preuve qui l'ont conduite à cette conclusion²¹⁶. Du côté du TPIR, de nombreux jugements analysent le lien entre l'acte incriminé et l'attaque à travers la connaissance qu'ont l'accusé et/ou les auteurs matériels du fait que leurs actes font partie de cette attaque²¹⁷. Cette façon d'analyser l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé

²¹⁶ Jugement *Perišić*, *supra* note 112, au paragr. 736. Pour d'autres conclusions similaires, voir : Jugement *Galić*, *supra* note 117, au paragr. 598 ; Jugement *Milošević*, *supra* note 84, au paragr. 920 (conclusion confirmée par la chambre d'appel : Arrêt *Milošević*, *supra* note 84, aux paragr. 103-105).

²¹⁷ Voir, par exemple : *Le Procureur c. Ephrem Setako*, ICTR-04-81-T, Jugement (25 février 2010) au paragr. 478 (TPIR, Chambre de première instance I) [Jugement *Setako*] : « *The Chamber is therefore convinced that there was a widespread and systematic attack against the civilian population on ethnic grounds. Bearing in mind the specific nature of the killings, as well as Setako's rank, position in the military and statements, it is inconceivable that he and the principal perpetrators of these killings did not know that their actions formed part of this attack.* » Voir aussi : Arrêt *Munyakazi*, *supra* note 196, au paragr. 505 ; Jugement *Gatete*, *supra* note 118, au paragr. 634. Certaines conclusions d'un jugement récent du TPIY présentent le même problème : Jugement *Stanišić & Župljanin*, *supra* note 112, vol. I, notamment aux paragr. 276 (conclusions relatives à l'attaque contre la municipalité de Donji Vakuf) et 482 (conclusions relatives à l'attaque contre la municipalité de Kotor Varoš).

et l'attaque s'observe également dans certaines décisions préliminaires rendues par la Cour pénale internationale²¹⁸.

Certes, dans la vaste majorité des cas, l'existence d'un lien entre un acte incriminé et l'attaque peut être difficilement contestée. En effet, les procureurs des instances pénales internationales prennent généralement la peine de choisir les actes criminels qui paraissent s'inscrire le mieux dans le cadre de l'attaque lorsqu'ils confectionnent l'acte d'accusation²¹⁹. L'Accusation peut toutefois décider d'inclure dans l'acte d'accusation des actes qui se distinguent nettement des autres crimes qui composent l'attaque²²⁰. Si la chambre de première instance en vient à partager l'avis de l'Accusation que ces crimes à première vue isolés participent malgré tout de l'attaque, il importera que les raisons justifiant cette conclusion soient exposées avec suffisamment de détails. Autrement, la chambre d'appel ne pourra être en mesure d'évaluer la pertinence des éléments de preuve sur lesquels la chambre de première instance s'est fondée pour constater qu'il existait bel et bien un lien entre l'acte incriminé et l'attaque. De façon générale, il est donc préférable que

²¹⁸ Voir, par exemple : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Ruto*, *supra* note 128, aux paragr. 225, 228, 238 et 241 (analysant les incidents allégués comme assassinats en tant que crimes contre l'humanité).

²¹⁹ Dans le but de garantir un procès « équitable et rapide », l'Accusation peut être invitée par la chambre de première instance à réduire le nombre de chefs d'accusation et à fixer un nombre de lieux de crimes et de faits incriminés « raisonnablement représentatifs des crimes reprochés » : article 73 bis-D du *Règlement de procédure et de preuve* du TPIY, *supra* note 208. Pour une application récente de ce principe, voir : *Le Procureur c. Ratko Mladić*, IT-09-92-PT, Decision Pursuant to Rule 73 bis (D) (2 décembre 2011) aux paragr. 6 (« *Regarding Count 2, related to Srebrenica, the Prosecution proposes to remove two out of the 22 killings sites enumerated in the Operative Indictment. The Prosecution submits that further reduction would be inappropriate as the remaining incidents all occur within the period of a month and are integral to an understanding of the overall crime. [...]* ») et 11 (« *The Chamber has carefully considered the Prosecution's proposals. The Chamber finds that the incidents selected by the Prosecution are reasonable representative of the crimes charged in the Operative Indictment.* ») (TPIY, Chambre de première instance I).

²²⁰ Par exemple, il peut en être ainsi avec les crimes allégués au titre de la forme III de l'entreprise criminelle commune. Rappelons qu'une personne qui a participé à une entreprise criminelle commune peut être reconnue coupable de crimes qui ne faisaient pas partie du plan criminel commun si ces crimes étaient une conséquence prévisible de la mise en œuvre du plan : *supra*, chapitre I, paragraphe 2.1.1, à la p. 45. Dans une affaire donnée, si le plan criminel commun se confond avec l'« attaque », les crimes allégués au titre de la forme III de l'entreprise criminelle commune pourraient donc, *a priori*, être considérés comme des crimes isolés au regard de l'attaque. Les procureurs des instances pénales internationales estiment néanmoins nécessaire d'alléguer ces crimes. Voir, par exemple : *Le Procureur c. Milan Milutinović*, IT-05-87-PT, Troisième acte d'accusation modifié unique (21 septembre 2006) au paragr. 21 (TPIY, Bureau du procureur) (alléguant, à titre subsidiaire, les crimes d'assassinat et de persécution comme une conséquence naturelle et prévisible de l'exécution de l'entreprise criminelle commune ayant pour objectif de déplacer la population albanaise du Kosovo).

les chambres de première instance exposent toute l'analyse à laquelle elles se sont livrées pour conclure à l'existence d'un lien entre l'acte incriminé et l'attaque²²¹.

Notons que cette tendance à évoquer le lien entre un acte incriminé et l'attaque en des termes laconiques n'est pas généralisée. Certaines chambres de première instance ont le souci d'expliquer en quoi les actes incriminés étaient liés à l'attaque, comme en font foi les constats de la chambre de première instance III du TPIY dans l'affaire *Lukić* :

*The crimes allegedly committed by Milan Lukić and Sredoje Lukić indisputably formed part of the attack. The alleged crimes were linked temporally and geographically to the attack, and in terms of purpose and objective, and, in fact, were mostly committed during the height of the attack against the Muslim population, namely in June 1992. [...] The Trial Chamber is satisfied that the crimes allegedly committed by Milan Lukić and Sredoje Lukić formed part of this widespread or systematic attack, and that, in the Trial Chamber's view, they must have been aware that their acts fit into the attack. Whenever a widespread or systematic attack is a requirement for a crime charged in the indictment, this requirement has been met.*²²²

Il convient de souligner que Milan et Sredoje Lukić étaient les auteurs matériels des crimes qui leur étaient reprochés.

La façon dont sont exposées les conclusions relatives à l'exigence du lien dans l'affaire *Lukić* met en relief un autre problème d'analyse. À notre avis, une chambre ne peut se contenter d'observer, de façon globale, que *tous* les actes criminels visés par l'acte d'accusation faisaient partie de l'attaque ou encore de ne fournir des explications que pour

²²¹ Nous paraphrasons ici les propos de la chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Stakić*, dans laquelle celle-ci était appelée à se prononcer sur le besoin de motiver les conclusions relatives au lien requis entre les crimes de guerre et le conflit armé. Dans cette affaire, la chambre d'appel a tenu grief à la chambre de première instance d'avoir été peu disert sur les éléments qui lui ont permis de conclure que les crimes étaient liés au conflit armé. Elle a toutefois fait remarquer qu'il ressortait de l'ensemble du jugement que la chambre de première instance s'était prêtée à cet exercice d'analyse : *Le Procureur c. Milomir Stakić*, IT-97-24-A, Arrêt (22 mars 2006) au paragr. 344 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Stakić*]. Vu la proximité conceptuelle entre l'« attaque » et le conflit armé, les propos de la chambre d'appel sont à notre avis applicables à l'analyse de l'exigence relative au lien entre les crimes contre l'humanité et l'attaque.

²²² Jugement *Lukić*, *supra* note 10, au paragr. 895. Voir aussi : *Le Procureur c. Mladen Naletilić*, IT-98-34-T, Jugement (31 mars 2003) au paragr. 241 (TPIY, Chambre de première instance I) [Jugement *Naletilić*].

les seuls actes qu'elle n'estime pas faire partie de l'attaque²²³. L'exigence du lien ne revêtira du sens que si elle est examinée pour *chaque* acte dont on cherche à établir le caractère de crime contre l'humanité. Regrouper l'analyse du lien entre les actes criminels allégués par l'Accusation et l'attaque sous une seule rubrique ne permettra pas de déterminer si une chambre de première instance pouvait valablement rattacher un acte en apparence isolé à cette attaque. Dans cette optique, une méthode d'analyse tenant compte de chaque acte incriminé nous apparaît plus indiquée²²⁴. Il est à souligner que ce dernier écueil dans l'examen de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque ne semble propre qu'aux tribunaux *ad hoc*. La façon dont les *Éléments des crimes* présentent les éléments à prouver pour chaque crime contre l'humanité paraît inciter les chambres préliminaires de la Cour pénale internationale à analyser le lien entre *chacun* des actes incriminés et l'attaque et non de façon globale²²⁵. La démonstration que le « comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile » est en effet requise pour chaque acte incriminé²²⁶.

En somme, de manière à offrir une analyse adéquate de l'exigence du lien, une chambre de première instance doit expliquer avec suffisamment de précision en quoi chacun des crimes se rapporte à l'attaque.

²²³ Pour un exemple de cette dernière approche, voir : *Le Procureur c. Issa Hassan Sesay (Affaire « RUF »)*, SCSL-04-15-T, Jugement (2 mars 2009) au paragr. 963 (TSSL, Chambre de première instance I) (« *Unless otherwise stated in our Factual Findings, the Chamber is satisfied that the perpetrators of the crimes recounted therein were part of the widespread or systematic attack against the civilian population and that the perpetrators were aware of this fact and acted with the requisite intent.* »)

²²⁴ Certaines chambres de première instance se gouvernent d'ailleurs ainsi. Voir, par exemple, la remarque exprimée par la chambre de première instance I dans le jugement *Gotovina* avant de procéder à l'analyse des éléments constitutifs des crimes : « *Having determined the existence of an armed conflict and a widespread and systematic attack against a civilian population at the relevant time and place, the Trial Chamber will now examine the individual acts charged as crimes against humanity, including whether they were part of the attack against the civilian population.* » (*Le Procureur c. Ante Gotovina*, IT-06-90-T, Jugement (15 avril 2011) au paragr. 1723 (TPIY, Chambre de première instance I) [Jugement *Gotovina*]). Voir aussi : Jugement *Krajišnik*, *supra* note 112, notamment aux paragr. 721 et 732.

²²⁵ Dans les décisions récentes, voir : Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Kadhafi*, *supra* note 126, aux paragr. 41 et 65 ; *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Callixte Mbarushimana (28 septembre 2010) au paragr. 25 (CPI, Chambre préliminaire I) [Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Mbarushimana*] ; Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*, *supra* note 78, aux paragr. 139, 164 et 196.

²²⁶ Voir l'avant-dernier élément de chacun des crimes : article 7 des *Éléments des crimes*.

2.2.3 L'éclatement de la notion de « crime » en présence d'une multiplicité d'incidents

La dernière difficulté d'analyse que nous abordons tient à la nature des situations de criminalité déferées aux instances pénales internationales. En droit international pénal, la notion de « crime » doit être envisagée autrement qu'à travers le prisme « un auteur, un incident, une victime »²²⁷. L'examen de la responsabilité pénale des individus traduits devant les instances pénales internationales s'accommoderait en effet assez mal d'une approche aussi rigoriste. Ces individus étant généralement soupçonnés d'avoir organisé des campagnes de violence massive ou, à tout le moins, d'avoir été étroitement associés à la préparation de ces campagnes, il ne pourrait être rendu compte adéquatement de leur comportement si les événements dont ils sont présumés être à l'origine sont analysés de façon compartimentée. Par ailleurs, ainsi que le faisait valoir une chambre de première instance du TPIY dans une décision interlocutoire statuant sur une requête qui contestait la validité d'un amendement à un acte d'accusation, il serait impensable d'exiger de l'Accusation qu'elle fasse de chacun des incidents²²⁸ qu'elle reproche à l'accusé un chef d'accusation distinct :

*Where, however, the offence charged, such as persecution and other crimes against humanity, almost always depends upon proof of a number of basic crimes (such as murder), the prosecution is not required to lay a separate charge in respect of each murder. The old pleading rule was that a count which contained more than one offence was bad for duplicity, because it did not permit an accused to plead guilty to one or more offences and not guilty to the other or other offences included within the one count. Such a rule is completely impracticable in this Tribunal, given the massive scale of the offences which it has to deal with.*²²⁹

²²⁷ Stefano Manacorda, « Foreword to the Symposium 'The Principles of Individual Criminal Responsibility: A Conceptual Framework' » (2007) 5 J Int'l Crim Just 913, à la p. 913.

²²⁸ Dans ce paragraphe, nous emploierons l'expression « incident » plutôt que celle d'« acte incriminé » pour mieux illustrer notre propos.

²²⁹ *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-T, Decision on Form of Further Amended Indictment and Prosecution Application to Amend (26 juin 2001) au paragr. 61 (TPIY, Chambre de première instance II) [Décision relative à la forme de l'acte d'accusation dans l'affaire *Brđanin*], approuvé dans *Le Procureur c. Zoran Kupreškić*, IT-95-16-A, Arrêt (23 octobre 2001) au paragr. 98 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Kupreškić*].

C'est pourquoi il est admis devant les instances pénales internationales qu'un crime peut comprendre, aux fins d'établir l'acte d'accusation, ou le document indiquant les charges dans le cas de la Cour pénale internationale²³⁰, une *série* d'incidents à caractère criminel. Encore faut-il, cependant, que les incidents visés par le crime soient logiquement liés entre eux par des éléments tels que le temps, le lieu, les victimes, les coauteurs, le mode d'exécution, la position d'autorité, les formes de participation, le mobile ou l'intention²³¹.

Cette possibilité de regrouper sous un chef d'accusation une série d'incidents revêt une importance particulière pour la poursuite des personnes soupçonnées d'avoir participé à des crimes contre l'humanité. Le caractère même de ces crimes engage en effet l'Accusation à porter des accusations sur un type de comportement plutôt que des actes particuliers²³². Un chef d'accusation d'« assassinat », en tant que crime contre l'humanité, peut donc concerner autant l'homicide d'une seule personne commis par un seul individu²³³ que le massacre de milliers de personnes²³⁴. Par ailleurs, même si la nature de certains crimes contre l'humanité implique nécessairement une série d'incidents – qu'il suffise de songer aux crimes d'extermination, de persécution, d'expulsion et d'apartheid – il demeure possible qu'un incident unique puisse, à lui seul, être qualifié de crime contre l'humanité et, de ce fait, faire l'objet d'un chef d'accusation²³⁵. Compte tenu que les efforts des

²³⁰ La procédure devant la Cour pénale internationale diffère de celle des tribunaux *ad hoc* en ce qu'il n'y a pas d'acte d'accusation à proprement parler. Un individu est cité à procès sur le fondement d'un document indiquant les charges (article 61 du *Statut de Rome* et norme 52 du *Règlement de la Cour*, ICC-BD/01-01-04 (26 mai 2004) [*Règlement de la Cour*]).

²³¹ Jugement *Semanza*, *supra* note 68, au paragr. 508.

²³² *Le Procureur c. Duško Tadić*, IT-94-1-T, Décision sur l'exception préjudicielle de la défense relative à la forme de l'acte d'accusation (14 novembre 1995) au paragr. 11 (TPIY, Chambre de première instance II). Il en est ainsi aussi pour le crime de génocide. Dans la mesure où « [il est] en pratique très difficile d'apporter la preuve de l'intention génocidaire d'un individu si les exactions commises n'ont pas un caractère massif et si l'acte criminel reproché n'est pas soutenu par une organisation ou un système », il est rare qu'un seul incident soit allégué : Jugement *Jelisić*, *supra* note 89, aux paragr. 100 et 101.

²³³ Voir, par exemple : Jugement *Naletilić*, *supra* note 222, au paragr. 508.

²³⁴ À titre d'illustration, voir : Jugement *Perišić*, *supra* note 112, aux paragr. 738-740.

²³⁵ Pour le crime de persécution, voir Jugement *Kupreškić*, *supra* note 89, au paragr. 624 : « La Chambre de première instance a noté plus haut que le terme de persécution était souvent utilisé pour décrire une série d'actes. Elle n'exclut cependant pas la possibilité qu'un acte unique puisse constituer une persécution. » (approuvé par la chambre d'appel du TPIY dans l'arrêt *Vasiljević*, *supra* note 144, au paragr. 113) Pour le *Statut de Rome*, voir l'élément 1 de l'article 7-1-h des *Éléments des crimes*. Pour le crime d'expulsion (déportation ou transfert forcé de population), voir : *Le Procureur c. Milomir Stakić*, IT-97-24-T, Jugement (31 juillet 2003) au paragr. 685 (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Stakić*] : « En dernier lieu, la Chambre de première instance rejette l'argument de la Défense selon lequel un nombre minimal d'individus doivent avoir été transférés de force pour engager la responsabilité pénale. Cet argument ne trouve aucun fondement dans la jurisprudence du Tribunal et aboutit à remettre en cause l'effet protecteur de

procureurs des instances pénales internationales sont aujourd'hui canalisés vers les individus qui apparaissent comme les plus grands responsables des crimes commis²³⁶, il paraît toutefois peu probable que les procureurs portent des accusations pour ce genre d'incident.

Le fait qu'un chef d'accusation (dans le cas des tribunaux *ad hoc*) ou une charge (dans le cas de la Cour pénale internationale) de crime contre l'humanité puisse couvrir plusieurs incidents soulève certaines questions quant à la façon de déterminer le lien devant exister entre le crime qui y est décrit et l'attaque. L'analyse du lien s'effectue-t-elle de manière globale ou pour chacun des incidents ? Si un nombre significatif d'incidents regroupés sous le même chef d'accusation ne peuvent être rattachés à l'attaque, l'accusé est-il acquitté de ce chef ? Afin de répondre à ces questions, sur lesquelles la jurisprudence et la doctrine ne se sont pas véritablement penchées, il convient d'évoquer brièvement la façon dont la preuve des actes incriminés est administrée devant les instances pénales internationales.

Seuls les faits qui sont *essentiels* à la preuve des éléments constitutifs des crimes doivent être allégués dans l'acte d'accusation²³⁷. Au procès, ce sont ces faits – et seulement ces faits

l'interdiction de la déportation. » (approuvé par la Chambre d'appel du TPIY dans *Le Procureur c. Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-A, Arrêt (17 mars 2009) au paragr. 309 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Krajišnik*]). Pour le *Statut de Rome*, la formulation qu'emploient les *Éléments des crimes* est la même que le crime de persécution : voir l'élément 1 de l'article 7-1-d. Pour le crime d'apartheid, que seul le *Statut de Rome* punit, voir l'élément 1 de l'article 7-1-j des *Éléments des crimes*. Les tribunaux *ad hoc* et la Cour pénale internationale abordent de façon différente le crime d'extermination. Afin de distinguer concrètement le crime d'extermination du crime d'assassinat, la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* a exclu qu'un seul homicide puisse constituer un crime d'extermination, et ce, même si cet homicide s'inscrit dans le cadre d'une tuerie à grande échelle : *Le Procureur c. Juvénal Kajelijeli*, ICTR-98-44A-T, Jugement (1^{er} décembre 2003) aux paragr. 890-893 (TPIR, Chambre de première instance II). La solution est toute autre devant la Cour pénale internationale. Sous l'empire du *Statut de Rome*, du moment que l'incident a lieu lors d'un « massacre », une personne qui a contribué à la mort d'un seul individu peut être tenue pénalement responsable du crime d'extermination : éléments 1 et 2 de l'article 7-1-b des *Éléments de crimes*.

²³⁶ *supra*, notes de bas de page 123 et 131 de ce mémoire.

²³⁷ *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-T, Décision relative à l'exception préjudicielle soulevée par Momir Talić pour vices de forme de l'acte d'accusation modifié (20 février 2001) au paragr. 48 (TPIY, Chambre de première instance II) [Décision relative à la forme de l'acte d'accusation dans l'affaire *Brđanin*]. Du côté de la Cour pénale internationale, la norme 52 du *Règlement de la Cour*, *supra* note 230, impose à l'Accusation l'obligation d'exposer dans le document indiquant les charges les faits qui fournissent une base suffisante en droit et en fait pour traduire la personne en justice et qui sont pertinents au regard du déclenchement de la compétence de la Cour. En définitive, c'est la décision confirmant les charges qui déterminera les allégations sur le fondement desquelles le procès se déroulera : *Le Procureur c. William Samoei Ruto*, ICC-01/09-01/11, Decision on the Content of the Updated Document Containing the Charges (28 décembre 2012) au paragr. 13 (CPI, Chambre de première instance V).

– qui auront à être prouvés hors de tout doute raisonnable²³⁸. Par « fait essentiel », il faut entendre le fait qui se rapporte à l'identité de l'auteur matériel, à l'acte criminel qu'il a posé, à la façon dont cet acte a été perpétré, au lieu et à l'époque de la commission, ou encore à la victime²³⁹. Lorsque les chefs d'accusation chapeautent plusieurs incidents, l'Accusation ne saurait évidemment être tenue de prouver chacun de ces incidents²⁴⁰. Face à une situation de criminalité collective, elle peut valablement se contenter de se référer aux victimes en n'indiquant que le groupe auxquelles elles appartenaient ou d'offrir²⁴¹, en relation avec l'époque de commission des crimes, une simple fourchette à l'intérieur de laquelle ont pu être posés les actes à caractère délictuel²⁴².

Le degré de précision requis dépendra du lien entre l'accusé et les faits incriminés²⁴³. La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* envisage trois cas de figure. S'il est reproché à l'accusé d'avoir personnellement commis les crimes dont il est inculpé, les faits essentiels devront être exposés de façon détaillée dans l'acte d'accusation : l'identité de toutes les victimes devra être fournie, de même que le lieu et la date où les actes qui font l'objet de l'acte d'accusation ont été commis²⁴⁴. La théorie de la cause reposant sur ces faits, leur précision dans l'acte d'accusation permettra à l'accusé de préparer adéquatement sa défense²⁴⁵. À l'inverse, si l'accusé est présumé n'avoir joué qu'un rôle « indirect » dans la commission des crimes²⁴⁶, il ne sera pas nécessaire de spécifier autant de détails sur ces crimes. L'accent devra plutôt être mis sur la conduite de l'accusé. En pareil cas, ce sont les actes de l'accusé qui revêtissent le plus d'importance dans la détermination de la culpabilité,

²³⁸ Arrêt *Martić*, *supra* note 85 au paragr. 55.

²³⁹ *Le Procureur c. André Ntagerura*, ICTR-99-46-T, Opinion individuelle et dissidente du juge Pavel Dolenc, en annexe au jugement (25 février 2004) au paragr. 21 (TPIR, Chambre de première instance III).

²⁴⁰ Arrêt *Kupreškić*, *supra* note 229, au paragr. 98.

²⁴¹ Dans le cas du crime d'extermination, il n'est pas nécessaire pour l'Accusation d'identifier nommément toutes les victimes : *Le Procureur c. Elizaphan Ntakirutimana*, ICTR-96-10-A & ICTR-96-17-A, Arrêt (13 décembre 2004) aux paragr. 518 à 521 (TPIR, Chambre d'appel) [Arrêt *Ntakirutimana*].

²⁴² Décision relative à la forme de l'acte d'accusation dans l'affaire *Brđanin*, *supra* note 237, au paragr. 22.

²⁴³ Arrêt *Blaškić*, *supra* note 77, au paragr. 210.

²⁴⁴ *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, IT-97-25-PT, Décision relative à l'exception préjudicielle pour vices de forme de l'acte d'accusation modifié (11 février 2000) au paragr. 18-C (TPIY, Chambre de première instance II) [Décision relative à la forme de l'acte d'accusation dans l'affaire *Krnojelac*].

²⁴⁵ Arrêt *Ntakirutimana*, *supra* note 241, aux paragr. 74 et 75.

²⁴⁶ Que ce soit pour avoir participé à une entreprise criminelle commune, avoir ordonné le crime, l'avoir planifié, l'avoir incité à le commettre ou encore en avoir aidé et encouragé la commission.

davantage que les incidents qui constituent les crimes dont celui-ci aura à répondre²⁴⁷. Enfin, lorsque c'est la responsabilité de l'accusé à titre de supérieur hiérarchique qui est mise en cause, l'obligation de précision des faits essentiels s'appliquera avec peu d'intensité. Dans cette situation, le débat concerne l'omission de l'accusé d'agir. L'identité des auteurs matériels des crimes et celle des victimes de ces crimes n'auront pas à être signalées, sans compter que ces détails sont souvent inconnus et rarement contestés²⁴⁸. Dans les deux derniers cas de figure, notons que l'Accusation se contente généralement de faire la preuve d'un nombre réduit d'incidents, mais qui sont néanmoins caractéristiques de la situation visée par le chef d'accusation²⁴⁹.

En toute logique, l'analyse du lien entre le crime contre l'humanité constitué de plusieurs incidents et l'attaque devrait également dépendre du rôle qu'a joué l'accusé dans la commission des crimes dont on cherche à le tenir responsable. Si la particularisation des incidents n'apparaît pas essentielle à la preuve de la responsabilité pénale de l'accusé, que ce soit parce qu'il est soupçonné d'avoir participé de façon « indirecte » à la réalisation des crimes ou parce qu'il doit répondre des actes commis par ses subordonnés du fait de sa supériorité hiérarchique, l'examen du lien entre le crime et l'attaque devrait être global. Comme l'a souligné la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*, dans ces deux cas, ce ne sont pas les circonstances ayant entouré chaque incident qui importent, mais bien la situation dans son ensemble. S'intéresser à chaque événement aurait pour effet de dénaturer l'esprit de la condamnation, sans compter que l'exercice imposerait de nombreuses difficultés pratiques. À notre avis, ce n'est que lorsque le nombre d'incidents étrangers à l'attaque sera significatif qu'il faudrait acquitter l'accusé du chef d'accusation porté contre lui – en pareil cas, il ne pourrait être prétendu que la ligne de conduite que cerne le chef participait de l'attaque. S'il appert qu'un nombre négligeable d'incidents ne peut, pour une raison ou une autre, être rattaché à l'attaque, le tribunal devrait tout de même conclure à l'existence d'un lien entre le crime chapeautant les incidents et l'attaque. Tout au plus cela pourrait-il avoir

²⁴⁷ Décision relative à la forme de l'acte d'accusation dans l'affaire *Krnojelac*, *supra* note 244, au paragr. 18-B).

²⁴⁸ Décision relative à la forme de l'acte d'accusation dans l'affaire *Krnojelac*, *supra* note 244, au paragr. 18-A).

²⁴⁹ Pour une explication de cette pratique, voir : William J. Fenrick, « Crimes in Combat : The Relationship between Crimes against Humanity and War Crimes », conférence prononcée à l'occasion des *Guest Lecture*

un effet sur la peine à imposer. En revanche, lorsque l'accusé est présumé avoir lui-même commis les actes qui lui sont reprochés, l'analyse du lien entre le crime regroupant ces incidents et l'attaque devrait être plus rigoureuse. Dans cette situation, la responsabilité pénale de l'accusé tient à sa participation directe aux événements auxquels il est présumé avoir pris part. Dans ce cas, il incombera à l'Accusation de prouver que chacun des incidents allégués peut être rattaché à l'attaque. Si certains incidents ne peuvent être considérés comme ayant fait partie de l'attaque, la chambre d'instance devrait fractionner le chef d'accusation et acquitter l'accusé de ces incidents.

Series du Bureau du procureur de la Cour pénale internationale, La Haye, 5 mars 2004 [non publiée], disponible en ligne : <http://tamilnation.co/armed_conflict/crimes_in_combat_ferick.pdf>, à la p. 8 du texte.

Chapitre II – L’aspect mental de l’exigence relative au lien entre l’acte incriminé et l’attaque

Nous allons maintenant aborder l’aspect mental de l’exigence relative au lien entre l’acte incriminé et l’attaque. La nature de cet aspect fait peu débat. Selon une jurisprudence constante, il doit être prouvé que le crime contre l’humanité a été commis, d’une part, en connaissance de l’attaque et, d’autre part, en connaissance du fait que le crime participait de cette attaque. Dans la mesure où plusieurs personnes participent à la commission des crimes contre l’humanité, la difficulté vient surtout de l’identification de la personne qui doit manifester l’état d’esprit caractéristique des crimes contre l’humanité²⁵⁰. Notre analyse de l’aspect mental de l’exigence relative au lien entre l’acte incriminé et l’attaque se fera donc en deux temps. Nous tâcherons tout d’abord de déterminer l’identité de la personne qui doit agir en connaissance de l’attaque et du fait que le crime s’inscrivait dans le cadre de l’attaque aux fins de qualifier un acte donné de crime contre l’humanité (section 1), puis nous circonscribons la nature de l’élément mental (section 2).

Section 1 – La possession de l’élément mental propre aux crimes contre l’humanité

Doit-on appliquer à l’élément mental le raisonnement qui nous a permis de conclure que ce sont les actes de l’auteur matériel qui doivent s’inscrire dans le cadre de l’attaque ? Si la logique nous invite à répondre par l’affirmative, la nature des crimes contre l’humanité doit toutefois nous conduire à plus de prudence. Il ne peut être en effet exclu que surviennent des situations où les auteurs matériels de ces crimes n’ont qu’une très mince idée du fait

²⁵⁰ Nous soulignons que cette dernière question est distincte de celle de savoir si l’accusé qui n’a pas pris directement part à la commission du crime contre l’humanité doit lui aussi avoir eu connaissance du contexte dans lequel ce crime a été perpétré. La question ici est de déterminer si un crime contre l’humanité a été commis ou non. Sur les deux étapes de l’établissement de la responsabilité pénale individuelle en droit international, voir : Arrêt *Blagojević*, *supra* note 25, au paragr. 226.

qu'une attaque se déroule²⁵¹. Les actes de ces auteurs matériels doivent-ils échapper à la qualification des crimes contre l'humanité pour cette seule raison ?

Dans la mesure où les statuts des tribunaux *ad hoc* sont muets sur ce sujet, nous articulons notre analyse de la question autour du jugement clé en la matière : celui rendu en 2009 par le TPIY dans l'affaire *Milutinović* (sous-section 1.2). Avant d'aborder ce jugement, nous verrons que l'incohérence de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* au sujet de la possession de l'élément mental propre aux crimes contre l'humanité rendait nécessaire une clarification des règles applicables (sous-section 1.1). Nous constaterons néanmoins que le jugement *Milutinović* ne semble pas avoir inspiré la jurisprudence subséquente des tribunaux *ad hoc* (sous-section 1.3), ni celle des chambres préliminaires de la Cour pénale internationale (sous-section 1.4). Nous concluons cette section en discutant du bien-fondé de l'approche développée dans le jugement *Milutinović* (sous-section 1.5).

Comme nous l'avons indiqué en introduction à ce chapitre, l'élément mental caractéristique des crimes contre l'humanité – que nous aborderons dans la deuxième section – comporte deux volets, à savoir la connaissance du contexte de l'attaque, d'une part, et la conscience du fait que l'acte participe de cette attaque, d'autre part. Dans la présente section, nous emploierons le plus souvent possible l'expression « connaissance du contexte » pour ne pas alourdir inutilement l'analyse.

²⁵¹ Nous convenons que l'accès quasi-généralisé des populations civiles aux nouvelles technologies rend plutôt improbable l'hypothèse de l'ignorance totale du contexte. Néanmoins, des événements récents, à l'occasion desquels paraissent avoir été commis des crimes contre l'humanité, ont montré que l'accès à ces technologies peut être restreint. En pareilles circonstances, il pourrait être permis de douter que les auteurs matériels ont commis leurs crimes en pleine connaissance du contexte auquel ils prenaient part. La situation en Syrie en est un bon exemple : Laurent Checola et Guénaél Pépin (avec Olivier Clairouin), « Internet coupé en Syrie, les réseaux téléphoniques perturbés », *Le Monde* (29 novembre 2012), disponible en ligne : Le Monde.fr <http://www.lemonde.fr/technologies/article/2012/11/29/communications-coupees-dans-plusieurs-regions-de-syrie_1798088_651865.html>.

1.1 La confusion entre l'état d'esprit de l'auteur matériel et celui de l'accusé avant le jugement *Milutinović*

De la même façon qu'elle a induit une certaine confusion sur la nature de l'acte qui doit être lié à l'attaque²⁵², la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* n'a pas péché par davantage de clarté s'agissant de l'identité de la personne qui doit avoir connaissance du contexte dans lequel le crime contre l'humanité a été commis. La confusion tire son origine de l'arrêt de principe *Kunarac*, rendu en 2002 par la chambre d'appel du TPIY, qui a défini pour la première fois les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité.

Au fil de son exposé du droit applicable à l'élément mental, la chambre d'appel du TPIY a employé indifféremment les expressions « auteur »²⁵³ et « accusé » pour désigner la personne devant manifester l'état d'esprit requis. Au début de son examen du droit, la chambre a indiqué :

En effet, ainsi que l'a relevé à bon droit la Chambre de première instance, le lien requis entre les actes des accusés et l'attaque consiste en deux éléments :

[...]

ii) l'accusé ayant connaissance de l'attaque menée contre la population civile et du fait que son acte s'inscrit dans le cadre de cette attaque.²⁵⁴

(soulignement ajouté)

Devisant ensuite ce qui doit être entendu par « connaissance », la chambre a précisé :

S'agissant de l'intention requise pour les crimes contre l'humanité, la Chambre de première instance a considéré à juste titre que l'auteur doit non seulement avoir l'intention de commettre le ou les crimes en question, mais aussi « savoir que la population civile fait l'objet d'une attaque et que ses

²⁵² *supra*, chapitre I, section 1, à partir de la p. 33.

²⁵³ Au vu de l'ensemble de l'arrêt, nous sommes convaincus que la chambre d'appel envisageait l'auteur matériel et non tout participant au crime.

²⁵⁴ Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 99.

actes s'inscrivent dans le cadre de celle-ci », ou du moins « prendre le risque que son acte participe de cette attaque ». ²⁵⁵

(soulignement ajouté)

À quelques exceptions près²⁵⁶, cet exposé du droit applicable a été repris en toutes lettres dans les jugements de première instance rendus par le TPIY dans la foulée de l'arrêt *Kunarac*.

Au vu de ce qui précède, il ne faut guère s'étonner que l'application de l'arrêt *Kunarac* n'a pas été des plus cohérente. Aux fins de déterminer si l'élément mental des crimes contre l'humanité avait été établi, certaines chambres ont considéré l'état d'esprit des auteurs matériels, accusés²⁵⁷ ou non²⁵⁸, alors que d'autres se sont intéressées à celui d'accusés qui n'étaient pas les auteurs matériels²⁵⁹. Les mêmes divergences d'approche peuvent être observées dans la jurisprudence du TPIR²⁶⁰. Aucune chambre n'a expliqué les raisons pour

²⁵⁵ Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 102.

²⁵⁶ Jugement *Krajišnik*, *supra* note 112, aux paragr. 705 et 706 e) ; Jugement *Milošević*, *supra* note 84, au paragr. 929 ; Jugement *Haradinaj*, *supra* note 201, aux paragr. 103 et 109. Dans ces trois affaires, la chambre de première instance ne se réfère qu'à la connaissance des auteurs matériels.

²⁵⁷ *Le Procureur c. Mitar Vasiljević*, IT-98-32-T, Jugement (29 novembre 2002) aux paragr. 5 (rôle de l'accusé) et 60 (conclusion sur l'élément mental) (TPIY, Chambre de première instance II) (approche confirmée en appel : Arrêt *Vasiljević*, *supra* note 144, au paragr. 30). Dans l'affaire *Naletilić*, la chambre de première instance a également tenu compte de la connaissance qu'avaient les deux accusés, tous deux reconnus coupables d'avoir commis eux-mêmes plusieurs des crimes qui leur étaient reprochés : Jugement *Naletilić*, *supra* note 222, aux paragr. 242 et 243 (approche non infirmée en appel). Il convient toutefois de noter que les deux accusés ont également vu leur responsabilité pénale engagée à d'autres titres, notamment celui de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Voir, par exemple, paragr. 453.

²⁵⁸ Jugement *Galić*, *supra* note 117, au paragr. 598 (approche non infirmée en appel) ; Jugement *Krajišnik*, *supra* note 112, au paragr. 711 (approche non infirmée en appel) ; Jugement *Martić*, *supra* note 15, au paragr. 353 (approche non infirmée en appel) ; Jugement *Milošević*, *supra* note 84, au paragr. 930 (approche non infirmée en appel).

²⁵⁹ Jugement *Simić*, *supra* note 115, aux paragr. 981-982 (approche non infirmée en appel) ; Jugement *Blagojević*, *supra* note 115, au paragr. 553 (approche non infirmée en appel).

²⁶⁰ Comme l'ont fait certaines chambres du TPIY, des chambres de première instance du TPIR se sont intéressées à l'état d'esprit des auteurs matériels – certains étaient accusés, d'autres non. Par exemple, dans l'affaire *Ntakirutimana*, les trois assassinats retenus par la chambre de première instance à titre de crimes contre l'humanité ont été commis par l'un des deux accusés, et c'est à l'état d'esprit de cet accusé que la chambre s'est intéressée pour déterminer si l'élément mental des crimes contre l'humanité avait été satisfait : *Le Procureur c. Elizaphan Ntakirutimana*, ICTR-96-10&ICTR-96-17-T, Jugement (21 février 2003) aux paragr. 808 et 848 (TPIR, Chambre de première instance I). La chambre d'appel a acquitté l'accusé de deux de ces trois assassinats en raison de l'absence d'allégations dans l'acte d'accusation : Arrêt *Ntakirutimana*, *supra* note 241, aux paragr. 89 à 91 et 95 à 99. Par ailleurs, la chambre d'appel a cassé les verdicts d'acquittement prononcés par la chambre de première instance relativement au crime contre l'humanité d'extermination et déclaré les deux accusés coupables de ce crime pour en avoir aidé et encouragé la commission. La chambre d'appel ne s'est toutefois pas intéressée à la connaissance qu'ont pu avoir les auteurs matériels du crime d'extermination : Arrêt *Ntakirutimana*, *supra* note 241, aux paragr. 534 et 537.

lesquelles elle a opté pour une approche plutôt qu'une autre. Par ailleurs, dans au moins deux affaires, une chambre du TPIY a réservé l'examen de l'élément mental des crimes contre l'humanité à l'analyse de la responsabilité pénale individuelle de l'accusé qui n'était pas l'auteur matériel²⁶¹. Nous discuterons de la justesse de cette approche dans le prochain chapitre²⁶².

L'emploi indistinct des termes « auteur »²⁶³ et « accusé » dans l'arrêt *Kunarac* s'explique sans doute par le fait que les trois accusés ont commis eux-mêmes plusieurs des crimes qui leur étaient reprochés²⁶⁴. Si les termes « auteur matériel » et « accusé » pouvaient valablement être utilisés de façon interchangeable au début des activités des tribunaux pénaux *ad hoc*, alors que les actes d'accusation concernaient presque tous des auteurs matériels ou à tout le moins des individus associés de près à la commission des crimes, il n'est plus indiqué de le faire aujourd'hui. Comme nous l'avons souligné dans le chapitre précédent, les procureurs des tribunaux *ad hoc* et celui de la Cour pénale internationale ne poursuivent désormais plus que les individus soupçonnés de porter la responsabilité la plus lourde pour les crimes relevant de la compétence de ces tribunaux et à qui il n'est

Pour un autre exemple d'affaire où la chambre de première instance s'est intéressée à l'état d'esprit des auteurs matériels, dont un était l'accusé, voir : Jugement *Semanza*, *supra* note 68, aux paragr. 447, 452, 491 et 497 (assassinat), 477 (viol), et 484 (torture). Ayant conclu que l'accusé avait lui-même infligé des blessures graves à l'une des victimes, qui en décéda, la chambre a tenu compte de la connaissance qu'avait l'accusé du contexte de l'attaque pour déterminer si les crimes contre l'humanité de torture et d'assassinat avaient été établis : paragr. 487 (torture) et 493 (assassinat). L'approche suivie par la chambre de première instance n'a pas été infirmée en appel. Voir aussi : *Le Procureur c. Mikaeli Muhimana*, ICTR-95-1B-T, Jugement (28 avril 2005) aux paragr. 560-561 (l'accusé a été reconnu coupable d'avoir commis personnellement certains viols et d'en avoir encouragé la commission d'autres) et 580-581 (la chambre a déclaré l'accusé coupable d'avoir commis lui-même certains assassinats et d'avoir incité d'autres individus à en commettre) (TPIR, Chambre de première instance III). En appel, les déclarations de culpabilité pour les crimes contre l'humanité de viol et d'assassinat ont été maintenues, mais l'accusé a été acquitté de certains événements couverts par ces déclarations de culpabilité : Arrêt *Muhimana*, *supra* note 152, aux paragr. 52-53 (viol), 227-228 (assassinat) et p. 82 (dispositif). Dans d'autres affaires, les chambres de première instance ont tenu compte de la connaissance qu'avait l'accusé alors que celui-ci n'avait pas commis les crimes qui lui étaient reprochés. Voir, par exemple : *Le Procureur c. François Karera*, ICTR-01-74-T, Jugement (7 décembre 2007) au paragr. 553 (TPIR, Chambre de première instance I) (conclusion non infirmée en appel) ; Jugement *Zigiranyirazo*, *supra* note 213, au paragr. 433 (Protais Zigiranyirazo a été acquitté en appel de toutes les accusations portées contre lui pour d'autres raisons).

²⁶¹ Jugement *Stakić*, *supra* note 235, au paragr. 632 (assassinats) ; Jugement *Brđanin*, *supra* note 115, au paragr. 160.

²⁶² *infra*, chapitre III, sous-section 3.2, aux p. 148 et ss.

²⁶³ Rappelons que nous sommes d'avis que la chambre d'appel envisageait l'auteur matériel.

²⁶⁴ Voir, par exemple : Jugement *Kunarac*, *supra* note 13, au paragr. 744 et 745. Les accusés ont par ailleurs été reconnus coupables d'avoir aidé et encouragé d'autres crimes. À titre d'exemple, Dragoljub Kunarac a aidé et encouragé les viols commis par des soldats en leur amenant les jeunes filles ultimement violées : paragr. 685 à 687.

généralement pas reproché d'avoir commis de leurs mains les crimes dont ils doivent répondre²⁶⁵. En d'autres termes, l'accusé n'est plus l'auteur matériel. Constatant le problème, une chambre de première instance du TPIY a tenté de clarifier le critère applicable.

1.2 La clarification apportée par le jugement *Milutinović*

Soulignant que les faits de l'affaire *Milutinović* dont elle était saisie se prêtaient à trancher la question, la chambre de première instance III du TPIY a élaboré dans son jugement un cadre d'analyse établissant les circonstances qui permettent de conclure que l'élément mental caractéristique des crimes contre l'humanité a été satisfait.

Selon la chambre de première instance, la connaissance qu'un « autre acteur » a du contexte dans lequel est perpétré un crime contre l'humanité peut pallier l'ignorance du contexte par l'auteur matériel²⁶⁶. Cet « autre acteur » ne saurait être, en toutes circonstances, l'« accusé »²⁶⁷. Une approche fondée sur la connaissance de l'« accusé » pourrait avoir pour effet d'exclure du domaine d'application des crimes contre l'humanité des situations qui en ont malgré tout le caractère lorsque l'accusé ignore tout du contexte de l'attaque mais qu'un « auteur intermédiaire » en a conscience. À l'inverse, l'approche pourrait ratisser trop large si l'accusé est un individu qui a aidé et encouragé la commission du crime ou encore un supérieur hiérarchique qui a omis de prévenir ou de punir le crime : dans le premier cas, l'accusé est trop « éloigné » de la commission du crime pour que sa connaissance du contexte « entre en jeu » ; dans le second cas, l'état d'esprit de l'accusé – qui n'a qu'à avoir des raisons de savoir que le subordonné a commis un crime ou s'apprêtait à en commettre un – n'est pas pertinent pour déterminer si le crime a effectivement été commis²⁶⁸.

Selon la chambre, le critère doit plutôt tenir compte de l'état d'esprit d'une personne suffisamment liée à l'acte incriminé, c'est-à-dire une personne qui manifeste l'intention que

²⁶⁵ *supra*, notes de bas de page 123 et 131 de ce mémoire.

²⁶⁶ Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. I, au paragr. 156.

²⁶⁷ Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. I, au paragr. 157.

²⁶⁸ Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. I, au paragr. 157.

l'acte criminel soit commis²⁶⁹. La chambre a relevé que cette intention est inhérente à quatre modes de participation reconnus par le *Statut du TPIY* : la commission (tant la perpétration physique du crime que la participation à une entreprise criminelle commune), la planification, l'ordre et l'incitation ; de l'avis de la chambre, la connaissance du contexte est un élément essentiel pour chacun de ces modes. En ce qui concerne les deux autres formes de responsabilité sanctionnées par le *Statut du TPIY*, à savoir l'aide et l'encouragement et la responsabilité du supérieur hiérarchique, la chambre a noté que les individus dont la responsabilité est engagée à ces titres ne sont pas animés de l'intention que l'acte criminel soit commis ; dès lors, la connaissance qu'ils ont du contexte dans lequel l'acte criminel a été commis ne peut suffire à remédier à l'ignorance de l'auteur matériel²⁷⁰.

Ainsi, trois cas de figure peuvent être envisagés : (1) s'il est établi que l'auteur matériel a agi en connaissance de l'attaque, l'acte doit être qualifié de crime contre l'humanité ; (2) l'absence de connaissance chez l'auteur matériel n'est toutefois pas fatale : s'il est démontré qu'un acteur intermédiaire qui a participé à la commission de l'acte criminel en l'ayant planifié, en l'ayant ordonné, en ayant incité l'auteur matériel à le commettre ou en ayant fait partie d'une entreprise criminelle commune²⁷¹ possédait la connaissance requise,

²⁶⁹ Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. I, au paragr. 158.

²⁷⁰ Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. I, au paragr. 158.

²⁷¹ La chambre ne précise pas quel type d'entreprise criminelle commune. Le Bureau du procureur du TPIY défend en appel le cadre d'analyse élaboré par la chambre de première instance. Dans son argumentation, le Bureau du procureur indique comprendre du jugement de première instance que seules les entreprises criminelles de formes I et II – pour lesquelles il est exigé de prouver que l'accusé avait l'intention que le crime soit commis – sont visées par le cadre d'analyse et non pas la forme III – qui ne requiert que la preuve de la conscience de la probabilité qu'un crime survienne : *Le Procureur c. Nikola Šainović*, IT-05-87-A, Prosecution Response to General Ojdanić's Amended Appeal Brief (15 janvier 2010) au paragr. 424 (TPIY, Bureau du procureur). Le Bureau du procureur rappelle toutefois que le crime commis dans le cadre d'une entreprise criminelle de forme III découle nécessairement d'un crime perpétré par le moyen d'une entreprise criminelle de forme I – dès lors, l'accusé qui a connaissance du contexte dans lequel le crime associé à l'entreprise de forme I est commis est forcément conscient du contexte entourant la commission du crime commis dans le cadre d'une entreprise de forme III, puisqu'il s'agit du même contexte. Notons que cet argumentaire a été présenté en réponse à l'appel interjeté par l'équipe de défense de Dragoljub Ojdanić. Ce dernier a toutefois retiré son appel le 28 janvier 2013, forçant du même coup le Bureau du procureur à abandonner le sien : *Le Procureur c. Nikola Šainović*, IT-05-87-A, Final Decision on 'Notice of Withdrawal of Dragoljub Ojdanić's Appeal against the Judgement of Trial Chamber III Dated 26 February 2009' and 'Notice of Withdrawal of Prosecution's Appeal against the Judgement of Trial Chamber III Dated 26 February 2009 in Relation to the Accused Dragoljub Ojdanić' (31 janvier 2013) (TPIY, Chambre d'appel) [Décision prenant acte du retrait de l'appel de Dragoljub Ojdanić]. Le raisonnement du Bureau du procureur, qui nous paraît exempt de critiques, n'en perd pas moins sa pertinence. Nous reviendrons par ailleurs plus en

l'acte pourra tout de même être qualifié de crime contre l'humanité ; (3) en revanche, si le seul acteur intermédiaire ayant connaissance du contexte de l'attaque était un individu qui a aidé et encouragé la commission de l'acte ou un supérieur hiérarchique qui a omis de prévenir ou punir cet acte, il ne pourra pas être considéré qu'il y a eu un crime contre l'humanité²⁷². La chambre a résumé dans ces termes le critère applicable :

Pour simplifier, dès lors que le contexte de la commission de l'infraction était connu, le crime contre l'humanité est constitué, sauf si la personne ayant cette connaissance n'était qu'un complice par aide et encouragement ou un supérieur qui n'a pas agi pour empêcher ou punir l'infraction.²⁷³

La chambre a précisé que ce cadre d'analyse ne vaut que pour la question de savoir si un crime contre l'humanité a été commis et ne concerne donc pas la question de la responsabilité individuelle de l'accusé²⁷⁴. Sans donner davantage d'explications, la chambre a également étendu le cadre d'analyse qu'elle a élaboré à la preuve de l'élément mental associé à chacun des actes criminels qui étaient allégués en tant que crimes contre l'humanité dans l'affaire dont elle était saisie, à savoir l'assassinat, l'expulsion, le transfert forcé et les persécutions²⁷⁵.

Il n'est pas inintéressant de remarquer que dans un ouvrage publié un an avant le jugement *Milutinović*, des juristes associés aux chambres du TPIY – Gideon Boas, James L. Bischoff et Nathalie L. Reid²⁷⁶ – ont présenté une analyse en tous points similaire de la question²⁷⁷.

Dans l'élaboration de son cadre d'analyse, la chambre de première instance ne s'est revendiquée d'aucun précédent ou principe établi en droit international pénal – non plus d'ailleurs les auteurs Boas, Bischoff et Reid. Le raisonnement nous paraît s'inspirer du mode de participation criminelle dit de la « commission indirecte » tel qu'il a été appliqué

détail sur l'entreprise criminelle commune dans le prochain chapitre : *infra*, chapitre III, paragraphe 1.1.1, aux p. 114 et ss.

²⁷² Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. I, au paragr. 158.

²⁷³ Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. I, au paragr. 158.

²⁷⁴ Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. I, au paragr. 159.

²⁷⁵ Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. I, aux paragr. 136 et 139 (assassinat), 167 (expulsion et transfert forcé en tant qu'acte inhumain) et 181 (persécutions).

²⁷⁶ Boas *et al.*, *International Criminal Law Practitioner Library*, *supra* note 121, à la p. i.

²⁷⁷ Boas *et al.*, *International Criminal Law Practitioner Library*, *supra* note 121, aux p. 38 à 41.

au crime de persécution par la chambre de première instance II du TPIY dans l'affaire *Stakić* et tel qu'il est prévu à l'article 25-3-a du *Statut de Rome* de la Cour pénale internationale. Doctrine développée en droit pénal allemand, la commission indirecte est un mode de participation qui sanctionne à titre d'auteur principal celui qui exerce un contrôle sur l'exécution du crime en utilisant l'auteur matériel comme un instrument – innocent ou non – pour atteindre ses fins²⁷⁸. Traduit dans le cas du crime de persécution, cela signifie que l'intention discriminatoire d'une personne ayant participé à la commission de ce crime peut en compenser l'absence chez l'auteur matériel²⁷⁹. Dans l'affaire *Stakić*, la chambre de première instance a justifié l'application du modèle de la commission indirecte au crime de persécution par le besoin d'éviter les situations d'impunité qui résulteraient d'une exigence trop stricte :

[E]xiger la preuve de l'intention discriminatoire à la fois chez l'accusé et les exécutants pour l'ensemble des actes commis assureraux supérieurs une protection injustifiée et serait contraire au sens, à l'esprit et au but du Statut du Tribunal international. La Chambre estime donc que la preuve du caractère discriminatoire d'une attaque dirigée contre une population civile est suffisante pour conclure à l'intention discriminatoire d'un accusé pour

²⁷⁸ Voir la synthèse qu'en font les auteurs Florian Jessberger et Julia Geneuss, « On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir* » (2008) 6 J Int'l Crim Just 853, à la p. 860.

²⁷⁹ Jugement *Stakić*, *supra* note 235, aux paragr. 741 et 743. L'approche retenue par la chambre de première instance à l'égard du crime de persécution s'inscrivait dans une tentative plus large de revoir le concept de « commission » tel qu'il était interprété jusqu'à alors par le TPIY. Selon la chambre de première instance, le terme « commis » apparaissant à l'article 7-1 du *Statut du TPIY* doit être défini autrement qu'à travers le prisme de l'entreprise criminelle commune. De l'avis de la chambre, « commet » un crime celui qui « [...] [prend] part matériellement ou, de toute autre manière, directement ou indirectement, par action ou par omission (quand il y a obligation d'agir), seul ou de concert avec d'autres personnes, aux éléments essentiels du crime en cause ». La chambre reconnaît que son approche « [...] aboutit en fin de compte plus ou moins au même résultat que celle de l'entreprise criminelle commune [...] », mais estime que celle-ci « [...] est plus proche de ce que la plupart des systèmes juridiques entendent par 'commettre' et permet de dissiper l'impression trompeuse qu'une nouvelle infraction non prévue par le Statut du Tribunal a été introduite en sous-main » : Jugement *Stakić*, *supra* note 235, aux paragr. 741 et 743. Assez singulièrement, après avoir reproché à la chambre de première instance d'avoir élaboré une théorie dite de la coaction et s'être éloignée de celle de l'entreprise criminelle commune, la chambre d'appel a approuvé l'approche relative à la commission indirecte : Arrêt *Stakić*, *supra* note 221, aux paragr. 62, 329 et 339. Notons que l'approche *Stakić* relativement au crime de persécution a été reprise dans l'exposé du droit applicable à l'article 5 du *Statut du TPIY* dans le jugement *Dorđević*, *supra* note 109, au paragr. 1761. Malgré son approbation de l'approche *Stakić*, la chambre de première instance saisie de l'affaire *Dorđević* n'a pas cherché à savoir si un auteur indirect était animé de l'intention discriminatoire requise quand elle s'est déclarée incapable de conclure que les auteurs matériels d'agressions sexuelles commises à l'encontre de femmes musulmanes avaient agi avec une telle intention : *ibid*, paragr. 1796.

des actes accomplis dans le cadre de cette attaque à laquelle il a participé en tant que (co)auteur.²⁸⁰

(soulignement ajouté)

Le souci d'éviter des situations d'impunité ressort également du jugement *Milutinović*²⁸¹. Le *Statut de Rome* a érigé ce souci en principe²⁸². Nous reviendrons sur la justesse de l'approche développée dans le jugement *Milutinović* dans la conclusion de cette section. Notons que la théorie de l'agent innocent reconnue en *common law* pourrait proposer la même réponse²⁸³.

Procédant à appliquer son cadre aux faits de l'affaire *Milutinović*, la chambre de première instance a conclu, à une exception près²⁸⁴, que tous les actes dénoncés par l'Accusation pouvaient être qualifiés de crimes contre l'humanité²⁸⁵. Lorsqu'elle détenait la preuve que les auteurs matériels des crimes reprochés avaient tenu des propos intimant aux membres de la population civile visée par l'attaque de quitter le territoire du Kosovo, la chambre a considéré que ces auteurs étaient « indubitablement conscients qu'ils agissaient dans le cadre d'une attaque de plus grande envergure contre la population civile albanaise du

²⁸⁰ Jugement *Stakić*, *supra* note 235, au paragr. 742.

²⁸¹ Rappelons que la chambre de première instance a estimé que la personne qui devait manifester l'état d'esprit caractéristique des crimes contre l'humanité ne pouvait être en toutes circonstances l'« accusé », car « [c]ette formulation est à la fois trop limitée et trop large : elle est trop limitée car, en ne visant que l'accusé, elle exclurait la qualification de crime contre l'humanité lorsque la connaissance voulue se trouve chez le supérieur hiérarchique de l'auteur matériel ou intermédiaire, et qu'il n'a pas la qualité d'accusé. Seule une lecture excessivement restrictive du droit conduirait à dire que l'infraction ne constitue pas un crime contre l'humanité, alors que toutes les autres conditions générales sont remplies [...] ». Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. I, au paragr. 157.

²⁸² Dans le préambule du *Statut de Rome*, les États parties affirment leur détermination « à mettre un terme à l'impunité » des auteurs des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale.

²⁸³ Ce modèle théorique permet de tenir pénalement responsable à titre d'auteur principal l'individu qui utilise un tiers dépourvu d'intention coupable pour commettre un crime : R-U, Law Commission, *Participating in Crime* (LAW COM n° 305), Londres, Her Majesty's Stationery Office, 2007, disponible en ligne : <http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc305_Participating_in_Crime_report.pdf>, aux p. 11, 25 et 26. Si l'on envisage comme une seule infraction la combinaison du comportement criminel de l'auteur principal avec celui de l'auteur matériel, l'état d'esprit de la personne qui utilise le tiers commettant l'élément matériel du crime vient, en quelque sorte, compenser l'absence d'intention coupable chez ce tiers, permettant ainsi de conclure qu'un seul crime a été commis.

²⁸⁴ Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. II, au paragr. 1258. La raison de l'exclusion tient au seul fait que l'Accusation n'a apporté qu'un seul témoignage sur cet événement.

²⁸⁵ Chaque crime analysé par la chambre couvre, en fait, plusieurs incidents. Voir notre discussion à ce sujet dans le chapitre I : *supra*, chapitre I, paragraphe 2.2.3, à partir de la p. 64.

Kosovo »²⁸⁶. Dans les cas où elle n'avait pas cette preuve, la chambre s'est intéressée à l'état d'esprit des personnes sur les ordres desquels les auteurs matériels agissaient :

Les actes de ces forces s'inscrivaient dans le cadre de l'attaque de plus grande envergure contre la population civile et les auteurs matériels impliqués dans cette attaque, ou les personnes sur les instructions desquelles ils ont agi, savaient sans nul doute possible qu'ils agissaient dans le cadre de cette attaque de plus grande envergure contre la population des Albanais du Kosovo dans cette région.²⁸⁷

(soulignement ajouté)

Nous nous expliquons mal les raisons pour lesquelles la chambre de première instance a employé la conjonction « ou » lorsqu'elle a déterminé, en faits, l'identité des personnes qui avaient connaissance du contexte de l'attaque. Certes, une chambre n'est pas tenue d'identifier nommément les auteurs matériels des crimes²⁸⁸. Considérant la précision des règles qu'elle a établies, il est néanmoins étonnant que la chambre de première instance ne se soit pas montrée davantage explicite dans ses conclusions factuelles.

1.3 La confusion persistante dans la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* post-Milutinović

Dans cette sous-section, nous constaterons que la volonté de clarification affichée par la chambre de première instance III dans l'affaire *Milutinović* n'a pas porté fruit. De fait, d'autres approches ont été développées dans la jurisprudence subséquente. Nous examinerons d'abord les jugements rendus par le TPIY (paragraphe 1.3.1), puis ensuite ceux du TPIR (paragraphe 1.3.2).

²⁸⁶ Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. II, au paragr. 1181. Voir également les paragraphes 1184, 1189, 1192, 1194, 1197, 1201, 1214, 1226, 1236, 1241 et 1250.

²⁸⁷ Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. II, au paragr. 1199. Voir également les paragraphes 1206, 1210, 1211, 1212, 1213, 1217, 1220, 1223, 1230, 1232, 1246, 1253, 1256, 1259 et 1262.

²⁸⁸ Voir, par exemple : Arrêt *Limaj*, *supra* note 110, au paragr. 104 ; Décision relative à la forme de l'acte d'accusation dans l'affaire *Krnojelac*, *supra* note 110, au paragr. 46, approuvée dans l'arrêt *Blaškić*, *supra* note 77, au paragr. 217.

1.3.1 La jurisprudence du TPIY

Aucun des jugements rendus par les chambres de première instance du TPIY après le jugement *Milutinović* ne s'est référé aux principes qui y étaient développés relativement à l'analyse de l'élément mental des crimes contre l'humanité. Nous avons dégagé de ces jugements trois approches différentes de la question de l'élément mental.

La première de ces approches – suivie dans les affaires *Dorđević*, *Gotovina*, *Perišić* et *Stanišić et Župljanin* – respecte l'esprit du jugement *Milutinović*. Ces affaires impliquaient toutes quatre des accusés de haut rang à qui il n'était pas reproché d'avoir participé directement à la commission des crimes dont ils étaient accusés²⁸⁹. Les chambres de première instance se sont intéressées à l'état d'esprit des auteurs matériels pour déterminer si les actes que ces derniers ont commis pouvaient être qualifiés de crimes contre l'humanité²⁹⁰.

²⁸⁹ À l'époque des faits reprochés, Vlastimir Dorđević était ministre adjoint au sein du ministère de l'Intérieur de Serbie et chef du département de Sécurité publique. Il a notamment été accusé d'avoir participé à une entreprise criminelle commune ayant pour objectif de modifier l'équilibre ethnique au Kosovo : Jugement *Dorđević*, *supra* note 109, aux paragr. 1 à 3. Ante Gotovina (commandant du district militaire de Split, en Croatie), Ivan Čermak (commandant de la garnison de Knin, en Croatie) et Mladen Markač (ministre adjoint de l'Intérieur et commandant de la police spéciale du ministère de l'Intérieur de la Croatie) ont pour leur part été accusés d'avoir participé à la réalisation d'une entreprise criminelle commune qui avait pour but d'expulser de façon permanente la population serbe de la région de la Krajina, en Croatie : Jugement *Gotovina*, *supra* note 224, aux paragr. 4 à 7. Momcilo Perišić, chef de l'état-major de l'armée yougoslave, s'est quant à lui vu reprocher d'avoir aidé et encouragé la commission de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité à Sarajevo, à Zagreb et à Srebrenica : Jugement *Perišić*, *supra* note 112, aux paragr. 3 et 6 à 21. Enfin, il a été reproché à Mićo Stanišić (ministre de l'Intérieur de la République serbe de Bosnie) et Stojan Župljanin (chef du centre des services de sécurité régionale de Banja Luka) d'avoir participé à une entreprise criminelle commune dont le but était de déplacer de façon permanente tous les Bosniaques qui n'étaient pas d'origine serbe d'un territoire revendiqué comme serbe : Jugement *Stanišić & Župljanin*, *supra* note 112, vol. I, notamment aux paragr. 2, 3 et 5.

²⁹⁰ Jugement *Dorđević*, *supra* note 109, aux paragr. 1600 et 1601 (s'appuyant sur l'intention qu'avaient les auteurs matériels de cibler des civils) ; Jugement *Gotovina*, *supra* note 224, au paragr. 1722 (invocant la magnitude de l'attaque et le caractère visible des crimes) ; Jugement *Perišić*, *supra* note 112, aux paragr. 560 (Sarajevo), 595 (Zagreb) et 736 (Srebrenica) ; Jugement *Stanišić & Župljanin*, *supra* note 112, vol. I, notamment aux paragr. 213, 341, 686 et 806. Pour le droit applicable, voir : Jugement *Dorđević*, *supra* note 109, au paragr. 1594 (employant le terme « accusé » dans le corps du texte, mais expliquant à la note de bas de page 5975 que lorsque l'accusé n'est pas l'« auteur direct » des crimes, c'est la conduite de l'auteur matériel qui doit être appréciée et non celle de l'accusé) ; Jugement *Gotovina*, *supra* note 224, au paragr. 1707 ; Jugement *Perišić*, *supra* note 112, au paragr. 88 ; Jugement *Stanišić & Župljanin*, *supra* note 112, vol. I, au paragr. 30. Il est à noter que les accusés dans les affaires *Gotovina* et *Perišić* ont tous été acquittés en appel, mais pour des raisons qui ne tenaient pas aux conclusions relatives aux crimes contre l'humanité.

La seconde approche – adoptée par la chambre de première instance qui a entendu les affaires *Popović* et *Tolimir* – s'écarte du jugement *Milutinović* en se focalisant sur l'état d'esprit des accusés, dont aucun n'a pris directement part à la commission des crimes²⁹¹. Dans ces deux affaires, la chambre n'a pas considéré la connaissance du contexte comme un élément constitutif du crime contre l'humanité ; s'appuyant sur l'expression « accusé » employée notamment dans l'arrêt *Kunarac*, la chambre a plutôt envisagé cette connaissance comme une condition nécessaire pour fonder la responsabilité pénale d'un accusé à raison d'un crime contre l'humanité :

To be guilty of a crime under Article 5, the accused must have the requisite intent, to commit the underlying offence(s) with which he or she is charged, and he or she must know that there is an attack on the civilian population and that his or her acts comprise part of that attack.

[...]

*The Trial Chamber will consider whether the individual Accused knew of the widespread and systematic attack and that their acts formed part of it, as necessary, in the section on Individual Criminal Responsibility.*²⁹²

La chambre a donc consacré une section de son analyse de la responsabilité des accusés pour les crimes contre l'humanité qu'elle avait préalablement établis à la connaissance qu'avait chacun des accusés du contexte de l'attaque et du lien entre leurs propres actes et l'attaque²⁹³. La chambre de première instance n'a aucunement cherché à savoir si les crimes

²⁹¹ Les sept co-accusés dans le dossier *Popović* étaient tous des officiers au sein des forces armées de la république serbe de Bosnie : *Le Procureur c. Vujadin Popović*, IT-05-88-T, Jugement (10 juin 2010) aux paragr. 3 et 4 (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Popović*]. Zdravko Tolimir était pour sa part un commandant adjoint et le chef du secteur du renseignement et de la sécurité au sein de l'état-major des mêmes forces armées : Jugement *Tolimir*, *supra* note 110, au paragr. 2. Dans ces deux affaires, il était reproché aux accusés d'avoir participé à deux entreprises criminelles communes distinctes, l'une visant le déplacement forcé des Musulmans de Srebrenica et Žepa et l'autre ayant pour but l'assassinat des hommes musulmans de Srebrenica en âge de combattre : Jugement *Popović*, *supra* note 291, à la note de bas de page 3440 ; Jugement *Tolimir*, *supra* note 110, au paragr. 3.

²⁹² Jugement *Popović*, *supra* note 291, aux paragr. 758 et 786. Voir également : Jugement *Tolimir*, *supra* note 110, aux paragr. 700 et 711.

²⁹³ Jugement *Popović*, *supra* note 291, aux paragr. 1185-1186 (Vujadin Popović), 1323-1324 (Ljubiša Beara), 1417-1419 (Drago Nikolić), 1577-1580 (Ljubomir Borovčanin), 1719 (Radivoje Miletić), 1823-1824 (Milan Gvero) et 2067 à 2070 (Vinko Pandurević). La chambre a conclu que six des sept co-accusés avaient connaissance de l'attaque et savaient que leur comportement participait de cette attaque. Le cas de l'accusé Borovčanin est toutefois quelque peu différent. La chambre ayant seulement retenu sa responsabilité à titre de supérieur hiérarchique, un mode de responsabilité pour omission, il devenait inutile pour la chambre de se

eux-mêmes avaient été commis en connaissance du contexte de l'attaque, ou si un acteur intermédiaire avait connaissance de ce contexte, comme l'a préconisé le jugement *Milutinović*. Ceci nous apparaît problématique. Rappelons que l'établissement de la responsabilité pénale d'un individu qui a participé à un crime contre l'humanité autrement qu'en le commettant lui-même procède en deux temps : il s'agit d'abord d'établir qu'un crime contre l'humanité a été commis, puis ensuite de déterminer si la participation de l'accusé satisfait aux éléments de l'un ou l'autre des modes de participation sanctionnés par les statuts des instances pénales internationales²⁹⁴. Même s'il peut être valable de s'intéresser à l'état d'esprit de l'accusé relativement à l'attaque lors de la deuxième étape de l'établissement de la responsabilité pénale individuelle – ce que nous déterminerons dans le prochain chapitre – il n'en demeure pas moins nécessaire d'établir que le crime a été commis en connaissance du contexte dans lequel il s'inscrivait dès la première étape. En effet, il est un principe fondamental en droit international pénal – d'ailleurs enchâssé à l'article 30 du *Statut de Rome*²⁹⁵ – que l'élément matériel de tout crime doit être commis avec un état d'esprit coupable²⁹⁶. La connaissance du contexte de l'attaque fait partie intégrante du crime contre l'humanité²⁹⁷. Ignorer la connaissance du contexte au stade de la qualification juridique des actes est susceptible de remettre en cause le principe associant l'acte coupable avec un état d'esprit coupable. À nos yeux, un acte dont il n'a pas été établi qu'il a été commis en connaissance de l'attaque ne possède pas tous les attributs qui justifient sa sanction comme crime contre l'humanité. Dans les affaires *Popović et Tolimir*, il n'y aurait eu aucun problème à constater que les crimes contre l'humanité allégués avaient été commis avec l'état d'esprit requis, du moins au sens du jugement *Milutinović* si la chambre de première instance avait analysé la connaissance qu'avaient les accusés de l'attaque dans la partie relative à la qualification juridique des crimes plutôt que dans la

demander si les gestes de l'accusé s'inscrivaient dans le cadre de l'attaque. Dès lors, la chambre ne s'est interrogée que sur la connaissance qu'avait l'accusé du fait que les crimes dont il devait répondre faisaient partie de l'attaque. Voir également : Jugement *Tolimir*, *supra* note 110, aux paragr. 1177 à 1179.

²⁹⁴ Rappelons que cette démarche en deux temps a été décrite dans l'arrêt *Blagojević*, *supra* note 25, au paragr. 226.

²⁹⁵ L'article 30 du *Statut de Rome* prévoit que « [n]ul n'est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel *du crime* est commis avec intention et connaissance » (italique ajouté).

²⁹⁶ William A. Schabas, « *Mens Rea* and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia » (2002-2003) 37 *New Eng. L. Rev.* 1015, aux p.1015, 1020 et 1025 (commentant l'application de la maxime latine *actus non facit reum nisi mens sit rea* devant les tribunaux *ad hoc*).

²⁹⁷ Jugement *Kayishema*, *supra* note 46, au paragr. 134.

partie relative à la responsabilité pénale individuelle. La plupart des accusés dans ces deux affaires ont en effet été reconnus coupables des crimes qui leur étaient reprochés au titre de l'entreprise criminelle commune. Rappelons que selon le jugement *Milutinović*, l'état d'esprit de celui qui « commet » un crime contre l'humanité par l'entremise d'une entreprise criminelle commune peut suffire pour conclure que ce crime a été commis en connaissance de l'attaque²⁹⁸.

Peut-être parce qu'il concernait des accusés ayant participé de près à la commission des crimes dont ils devaient répondre, le jugement *Lukić* ne s'inscrit dans aucune des deux approches que nous venons d'examiner. Dans cette affaire, le premier accusé, Milan Lukić, a été reconnu coupable d'avoir commis directement tous les crimes qui lui étaient reprochés²⁹⁹. À l'exception d'un crime qu'il a commis lui-même³⁰⁰, dont il sera par ailleurs acquitté en appel³⁰¹, le second accusé, Sredoje Lukić, a vu sa responsabilité pénale engagée pour avoir aidé et encouragé certains des crimes de Milan Lukić³⁰². Au moment de déterminer si l'élément mental des crimes contre l'humanité était satisfait, la chambre de première instance a examiné la connaissance qu'avaient les deux accusés du contexte de l'attaque :

*[...] Milan Lukić and Sredoje Lukić could not have avoided knowing that there was an attack; the scale of the attack was considerable and the effects of the attack on the Muslim population were drastic and severe, and it was perpetrated by local Serbs and the Serb authorities, which was the community to which both Milan Lukić and Sredoje Lukić belonged. The Trial Chamber is satisfied that [...] [Milan Lukić et Sredoje Lukić] must have been aware that their acts fit into the attack. Whenever a widespread or systematic attack is a requirement for a crime charged in the indictment, this requirement has been met.*³⁰³

En application du cadre d'analyse développé dans le jugement *Milutinović*, la chambre pouvait légitimement considérer l'état d'esprit de Milan Lukić pour déterminer si les

²⁹⁸ *supra*, aux p. 77 et ss.

²⁹⁹ Jugement *Lukić*, *supra* note 10, aux paragr. 911, 914, 919, 923 et 927 (assassinat), 947 et 951 (extermination), 966, 971, 976 et 981 (actes inhumains) et 1026 (persécutions). La culpabilité de Milan Lukić n'a pas été infirmée en appel : *Le Procureur c. Milan Lukić*, IT-98-32/1-A, Arrêt (4 décembre 2012) au paragr. 672 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Lukić*].

³⁰⁰ Jugement *Lukić*, *supra* note 10, au paragr. 991 (actes inhumains).

³⁰¹ Arrêt *Lukić*, *supra* note 299, aux paragr. 636-637 et 671.

³⁰² Jugement *Lukić*, *supra* note 10, aux paragr. 934 (assassinat), 986 (actes inhumains) et 1040 (persécutions).

crimes contre l'humanité ont été commis en connaissance de l'attaque, dans la mesure où celui-ci était auteur matériel. Le jugement *Milutinović* invitait néanmoins la chambre à s'en satisfaire : selon ce jugement, il est en effet superflu de s'intéresser aux autres acteurs dès lors que l'auteur matériel avait la connaissance requise. La chambre de première instance a par ailleurs commis une autre digression en s'intéressant à la connaissance qu'avait Sredoje Lukić du contexte de l'attaque : toujours selon le jugement *Milutinović*, l'état d'esprit de celui qui aide et encourage la commission d'un crime n'est d'aucune pertinence pour en établir le caractère de crime contre l'humanité.

1.3.2 La jurisprudence du TPIR

La jurisprudence du TPIR subséquente au jugement *Milutinović* a adopté une approche singulière relativement à l'élément mental des crimes contre l'humanité.

Dans toutes les affaires que ce tribunal a jugées après le jugement *Milutinović*, aucun des accusés n'a été poursuivi à titre d'auteur matériel. Or, au moment de déterminer si un crime contre l'humanité a été commis, les chambres de première instance considèrent à la fois l'état d'esprit de l'auteur matériel et celui de l'accusé, et ce, sans égard au rôle que ce dernier a joué. Notons que cette approche, qui est devenue généralisée après le jugement *Milutinović*³⁰⁴, avait déjà été adoptée dans quelques affaires qui ont précédé le jugement du TPIY³⁰⁵.

L'affaire *Renzaho* illustre bien l'approche. Dans cette affaire, la chambre de première instance I du TPIR s'est appuyée sur la connaissance de l'accusé – un officier de haut rang de l'armée qui n'a pas commis lui-même les crimes et dont la responsabilité sera retenue au titre de l'aide et l'encouragement pour le crime d'assassinat et à celui du supérieur

³⁰³ Jugement *Lukić*, *supra* note 10, au paragr. 895.

³⁰⁴ Nous n'avons répertorié qu'une seule affaire du TPIR où la chambre de première instance n'a considéré que la connaissance des auteurs matériels et non celle de l'accusé : Jugement *Nsengimana*, *supra* note 112, aux paragr. 845 et 848. Cette démarche s'explique sans doute par le fait que l'accusé a été acquitté de toutes les charges portées contre lui en l'absence de preuve de sa participation aux crimes.

³⁰⁵ Voir, par exemple : *Le Procureur c. Aloys Simba*, ICTR-01-76-T, Jugement (13 décembre 2005) au paragr. 424 (TPIR, Chambre de première instance I).

hiérarchique pour le crime de viol³⁰⁶ – et celle des auteurs matériels pour conclure que l'élément mental des crimes contre l'humanité était satisfait :

En ce qui concerne l'élément moral (*mens rea*), l'auteur doit avoir agi en ayant connaissance du contexte général dans lequel s'inscrivait l'attaque et savoir que ses actes faisaient partie intégrante d'une attaque généralisée, sans qu'il soit nécessaire qu'il partage les buts et les objectifs qui ont inspiré l'attaque généralisée en question. [...]

[La Chambre] conclut qu'entre avril et juillet 1994, des attaques généralisées et systématiques ont été perpétrées contre la population civile, en raison de son appartenance ethnique et politique. Il est difficilement concevable que les principaux auteurs de ces attaques, aussi bien que Renzaho, n'aient pas su que leurs actes s'inscrivaient dans le cadre de cette attaque généralisée. En tant qu'officier de haut rang de l'armée et que haut fonctionnaire, il aurait dû être parfaitement au fait de la situation qui prévalait tant au niveau national que dans les zones se trouvant sous son contrôle. Bon nombre des attaques ou des massacres avaient été perpétrés ouvertement de même qu'au vu et au su de tout le monde. La Chambre a également conclu que Renzaho avait participé à certaines de ces attaques.³⁰⁷

(soulignement et italique ajoutés)

En procédant ainsi, les chambres de première instance du TPIR cherchent visiblement à faire d'une pierre deux coups : d'une part, s'assurer que le crime a été commis en connaissance du contexte de l'attaque et, d'autre part, ne tenir l'accusé responsable que s'il possédait lui aussi cette connaissance. Nous partageons ce souci, avec quelques réserves que nous exprimerons dans le prochain chapitre³⁰⁸. Au plan de la rigueur juridique, il nous

³⁰⁶ Jugement *Renzaho*, *supra* note 118, aux paragr. 789 (assassinat) et 794 (viol). En appel, Tharcisse Renzaho a été acquitté du crime de viol en raison de l'imprécision de l'acte d'accusation : *Tharcisse Renzaho c. Le Procureur*, ICTR-97-31-A, Arrêt (1^{er} avril 2011) aux paragr. 129, 138 et 622 (TPIR, Chambre d'appel). La déclaration de culpabilité pour assassinat a été maintenue.

³⁰⁷ Jugement *Renzaho*, *supra* note 118, aux paragr. 783 et 784. Dans la même veine, voir également : Jugement *Setako*, *supra* note 217, au paragr. 478 (non infirmé en appel) ; Jugement *Kanyarukiga*, *supra* note 214, aux paragr. 663 et 664 (non infirmé en appel) ; *Le Procureur c. Idelphonse Hategekimana*, ICTR-00-55B-T, Jugement (6 décembre 2010) au paragr. 706 (TPIR, Chambre de première instance II) (non infirmé en appel) ; Jugement *Gatete*, *supra* note 118, au paragr. 634 (non infirmé en appel) ; Jugement *Ndindiliyimana*, *supra* note 118, au paragr. 2089 ; Jugement *Nyiramasuhuko*, *supra* note 76, au paragr. 6046 ; Jugement *Ndahimana*, *supra* note 118, au paragr. 838 ; *Le Procureur c. Édouard Karemera*, ICTR-98-44-T, Jugement (2 février 2012) aux paragr. 1679 et 1690 (TPIR, Chambre de première instance III) ; Jugement *Nzabonimana*, *supra* note 214, au paragr. 1780 ; *Le Procureur c. Idelphonse Nizeyimana*, ICTR-00-55C-T, Jugement (19 juin 2012) au paragr. 1544 (TPIR, Chambre de première instance III) [Jugement *Nizeyimana*].

³⁰⁸ *infra*, chapitre III, sous-section 3.2, aux p. 148 et ss.

apparaît néanmoins problématique de confondre la preuve des éléments constitutifs du crime contre l'humanité avec celle de la responsabilité pénale individuelle³⁰⁹.

1.4 Le flou de la jurisprudence de la Cour pénale internationale

Contrairement aux statuts des tribunaux *ad hoc*, les textes gouvernant la Cour pénale internationale identifient la personne qui doit posséder l'élément mental caractéristique des crimes contre l'humanité. Rappelons que l'article 7 du *Statut de Rome* prévoit que les crimes contre l'humanité doivent être commis en connaissance de l'attaque. Les *Éléments des crimes* précisent que les actes criminels énumérés à l'article 7 ne pourront constituer un crime contre l'humanité que si l'« auteur » savait que son comportement faisait partie d'une attaque dirigée contre une population civile ou qu'il entendait qu'il en fasse partie³¹⁰. L'expression « auteur » prête toutefois à interprétation dans la mesure où toute personne qui participe à la commission d'un crime peut être considérée comme un « auteur ». Les versions anglaise et espagnole des *Éléments des crimes*, qui font autant foi que la version française³¹¹, ne sont pas d'un grand secours interprétatif. Si la version anglaise emploie l'expression « *perpetrator* » – laquelle, lorsqu'elle est employée seule, concerne généralement l'auteur matériel³¹² –, la version espagnole utilise quant à elle le terme « *autor* », qui ne vise pas que l'auteur matériel³¹³.

À l'évidence, cette imprécision dans les *Éléments des crimes* a nourri une certaine confusion dans la jurisprudence de la Cour pénale internationale. Au contraire de l'élément matériel³¹⁴, les chambres préliminaires ne s'entendent pas sur l'identité de la personne dont

³⁰⁹ *supra*, aux p. 84 et ss.

³¹⁰ Voir le dernier élément de chaque acte incriminé à l'article 7 des *Éléments des crimes*.

³¹¹ Les versions anglaise et espagnole du *Statut de Rome* font autant foi que la version française : article 128 du *Statut de Rome*. Nous ne citons ces versions que pour illustrer la difficulté d'interpréter l'expression « auteur ». Pour des raisons que le lecteur indulgent comprendra, nous ne sommes pas en mesure de faire le même exercice avec les versions arabe, chinoise et russe.

³¹² Voir, par exemple : Jugement *Stanišić & Župljanin*, *supra* note 112, vol. I, au paragr. 184.

³¹³ À titre d'exemple, le code pénal de Colombie définit l'« *autor* » non seulement comme celui qui commet directement l'infraction, mais aussi comme celui qui utilise un tiers comme instrument pour commettre cette infraction : *Ley 599 de 2000*, article 29 : « *Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento* », disponible à :

<http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html>.

³¹⁴ *supra*, chapitre I, section 1, aux p. 39 et ss.

l'état d'esprit doit être apprécié aux fins de déterminer si l'élément mental des crimes contre l'humanité a été établi. Si certaines décisions s'intéressent à l'auteur matériel³¹⁵, plusieurs autres ne se penchent sur l'élément mental que dans leur examen de la responsabilité du suspect ou de l'accusé, et ce, peu importe le mode de participation retenu contre lui³¹⁶. Même dans ce dernier cas, des divergences existent, plus particulièrement en ce qui concerne le deuxième volet de l'aspect mental³¹⁷ : dans certaines décisions, il a été établi que le suspect ou l'accusé savait que *son* comportement participait de l'attaque³¹⁸ alors que dans d'autres, la chambre s'est focalisée sur la connaissance qu'avait le suspect ou l'accusé du fait que les *actes des auteurs matériels* s'inscrivaient dans le cadre de l'attaque³¹⁹.

Une seule chambre a expliqué la raison pour laquelle elle a retenu une approche plus qu'une autre. Dans sa décision portant ouverture d'enquête sur la situation en République du Kenya, la chambre préliminaire II a estimé que la connaissance du contexte de l'attaque relève de la responsabilité pénale du suspect ou de l'accusé car « l'élément tenant à la connaissance est un aspect de l'élément psychologique visé à l'article 30 du Statut »³²⁰.

³¹⁵ Voir, par exemple : *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, 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) au paragr. 88 (CPI, Chambre préliminaire I) [Première décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Bashir*]; Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*, *supra* note 78, aux paragr. 89 et 126.

³¹⁶ Voir, par exemple : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*, *supra* note 8, aux paragr. 402 et 417 (les deux accusés étant considérés comme des coauteurs indirects au sens de l'article 25-3-a); Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Mbarushimana*, *supra* note 225, au paragr. 43 (responsabilité au titre de l'article 25-3-d); Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Kadhafi*, *supra* note 126, aux paragr. 81 (Mouammar Kadhafi et Saif Al-Islam Kadhafi, en tant que coauteurs indirects au sens de l'article 25-3-a) et 88 (Abdullah Al-Senussi, en tant qu'auteur indirect en vertu de l'article 25-3-a); Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Hussein*, *supra* note 126, au paragr. 38 (responsabilité comme coauteur indirect au titre de l'article 25-3-a); Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Ntaganda*, *supra* note 189, au paragr. 67 (responsabilité comme coauteur au titre de l'article 25-3-a).

³¹⁷ Rappelons que l'élément mental caractéristique des crimes contre l'humanité comporte deux volets : la connaissance de l'attaque, d'une part, et la connaissance du fait que le crime s'inscrit dans le cadre de cette attaque, d'autre part. Nous y reviendrons en détails dans la prochaine section : *infra*, chapitre II, section 2, aux p. 94 et ss.

³¹⁸ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*, *supra* note 8, aux paragr. 402 et 417; Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Kadhafi*, *supra* note 126, aux paragr. 81 (Mouammar Kadhafi et Saif Al-Islam Kadhafi) et 88 (Abdullah Al-Senussi); Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Ntaganda*, *supra* note 189, au paragr. 75.

³¹⁹ Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Mbarushimana*, *supra* note 225, au paragr. 43; Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Hussein*, *supra* note 126, au paragr. 38.

³²⁰ Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 22, au paragr. 79.

Ainsi, après avoir refusé de se pencher sur l'élément mental des crimes contre l'humanité au stade de l'ouverture d'enquête car il n'y avait pas encore de suspect devant la Cour³²¹, la chambre préliminaire s'est intéressée à l'état d'esprit des suspects dans ses décisions confirmant les citations à comparaître³²², puis à celui des accusés dans ses décisions confirmant les charges portées contre ces derniers³²³. La lecture que fait la chambre préliminaire de l'article 30 du *Statut de Rome* ne nous semble pas juste. Cet article prévoit que « [n]ul n'est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel *du crime* est commis avec intention et connaissance »³²⁴. En employant l'expression « à raison », l'article 30 se trouve à distinguer entre la responsabilité individuelle de l'accusé et la preuve du crime. En outre, l'article 30 associe la preuve de l'état d'esprit coupable à l'élément matériel *du crime*, et non pas aux éléments matériels des modes de participation. À cet égard, rappelons que l'article 7 du *Statut de Rome* prévoit que l'acte incriminé en tant que crime contre l'humanité doit être commis en connaissance de l'attaque. Ainsi, la connaissance du contexte de l'attaque relève de la preuve du crime et non pas uniquement de l'établissement de la responsabilité pénale individuelle de l'accusé³²⁵.

Dans une autre décision ordonnant l'ouverture d'une enquête, celle-là sur la situation en République de Côte d'Ivoire, la chambre préliminaire III a refusé elle aussi d'établir l'élément mental à cette étape des procédures, mais pour une autre raison : les « auteurs individuels » – une expression qui, au vu de l'ensemble de la décision, se réfère aux auteurs matériels – ne pourront être identifiés que si l'enquête est autorisée³²⁶. Pour une raison que nous ignorons, la chambre préliminaire ne statuera pas sur la question de la connaissance

³²¹ Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 22, au paragr. 79.

³²² La chambre préliminaire ne s'est toutefois intéressée qu'à l'état d'esprit des individus soupçonnés d'avoir agi à titre d'auteurs principaux et non à celui des individus suspectés d'avoir participé aux crimes en tant qu'auteurs secondaires : Décision relative à la délivrance de citations à comparaître dans l'affaire *Ruto*, *supra* note 127, au paragr. 45 ; Décision relative à la délivrance de citations à comparaître dans l'affaire *Muthaura*, *supra* note 127, au paragr. 44.

³²³ Dans la même lignée, la chambre préliminaire n'a considéré que l'état d'esprit des individus accusés en tant qu'auteurs principaux : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Ruto*, *supra* note 128, au paragr. 346 ; *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura*, ICC-01/09-02/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute (23 janvier 2012) au paragr. 417 (CPI, Chambre préliminaire II).

³²⁴ Italique ajouté.

³²⁵ Voir notre discussion à ce sujet, *supra*, chapitre II, paragraphe 1.3.1, à la p. 84.

du contexte dans les deux décisions autorisant la délivrance de mandats d'arrêts qu'elle rendra ultérieurement³²⁷. Or, à ce stade, l'enquête a déjà permis d'identifier les auteurs matériels des crimes reprochés aux suspects³²⁸.

Même si la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* n'est pas une source de droit reconnue par le *Statut de Rome*³²⁹, elle n'en constitue pas moins un recours utile pour interpréter les crimes contre l'humanité³³⁰. Dans la mesure où cette jurisprudence et le *Statut de Rome* conçoivent l'élément mental des crimes contre l'humanité essentiellement de la même manière³³¹, les chambres de la Cour pénale internationale auraient tout intérêt à prendre acte de la démarche de clarification entreprise dans le jugement *Milutinović*.

1.5 La possession de l'élément mental, une analyse souple

Le cadre d'analyse développé dans le jugement *Milutinović* a le mérite de clarifier une question longtemps occultée. Pour la première fois, une instance pénale internationale tente de traduire avec rigueur toute la complexité de la commission des crimes contre l'humanité. Seule une équipe de défense a contesté devant la chambre d'appel le cadre d'analyse et l'application que la chambre de première instance en a fait aux faits établis³³². Au moment

³²⁶ Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation en Côte d'Ivoire, *supra* note 13, au paragr. 29.

³²⁷ Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Laurent Gbagbo*, *supra* note 126, aux paragr. 25 à 70 ; *Le Procureur c. Simone Gbagbo*, ICC-02/11-01/212, Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a Warrant of Arrest against Simone Gbagbo (2 mars 2012) aux paragr. 13 à 35 (CPI, Chambre préliminaire III).

³²⁸ Voir, par exemple : Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Laurent Gbagbo*, *supra* note 126, aux paragr. 64 à 67.

³²⁹ L'article 21 du *Statut de Rome*, qui énumère les sources de droit applicable à la Cour pénale internationale, ne mentionne pas la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*.

³³⁰ La première décision substantielle de la Cour pénale internationale sur le droit applicable aux crimes contre l'humanité – et qui fait désormais jurisprudence – s'appuie sur de nombreux jugements et arrêts des tribunaux *ad hoc* pour définir les éléments énumérés à l'article 7 du *Statut de Rome* : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*, *supra* note 8, aux paragr. 389 à 402. Dans sa dissidence à la décision portant ouverture d'une enquête sur la situation en République du Kenya, le juge Kaul reconnaissait la pertinence de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* pour dégager les « principes et règles du droit international » : Opinion dissidente du juge Kaul à la Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 74, au paragr. 30.

³³¹ Sous réserve de l'insouciance : *infra*, chapitre II, paragraphe 2.2.1, à partir de la p. 97.

³³² *Le Procureur c. Nikola Šainović*, IT-05-87-A, General Pavković's Amended Appeal Brief (30 septembre 2009) aux paragr. 368 et ss (TPIY, Défense de Nebojša Pavković). Une autre équipe de défense contestait

de rédiger ce mémoire, la chambre d'appel était toujours saisie des appels interjetés contre le jugement *Milutinović*. L'arrêt que la chambre rendra vraisemblablement en décembre 2013 permettra de trancher définitivement la question³³³.

En déterminant que l'auteur matériel d'un crime contre l'humanité peut ignorer tout du contexte de l'attaque sans que cela ne remette en cause la qualification juridique du crime, le jugement *Milutinović* a repris, à bon droit³³⁴, le principe de droit international pénal selon lequel l'auteur matériel d'un crime relevant de la compétence des instances pénales internationales peut être « innocent » sans affecter la qualification juridique du crime qu'il a commis³³⁵. Par « innocent », nous entendons non seulement l'état de l'individu qui peut se prévaloir des causes d'exonération de la responsabilité pénale – comme le mineur, celui souffrant d'une déficience mentale ou encore celui agissant sous le coup de la menace³³⁶ – mais également l'état de celui qui, tout en ayant eu l'intention de commettre un acte puni par les statuts des instances pénales internationales, ne pourrait voir sa responsabilité pénale

également le cadre établi, mais elle a toutefois retiré son appel : Décision prenant acte du retrait de l'appel de Dragoljub Ojdanić, *supra* note 271.

³³³ Président du TPIY, *Évaluation et rapport du Président du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, Theodor Meron, présentés au Conseil de sécurité conformément au paragraphe 6 de la résolution 1534 (2004) et portant sur la période comprise entre le 23 mai et le 16 novembre 2012, paragr. 40, p. 9, annexe I, S/2012/847.

³³⁴ Il est néanmoins regrettable que la chambre de première instance ait fondé son approche sur le postulat de la lutte contre l'impunité. La lutte contre l'impunité est devenue un principe interprétatif auquel recourent de plus en plus les instances pénales internationales. Voir, par exemple : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga*, *supra* note 142, aux paragr. 281 à 285 (invokant le préambule du *Statut de Rome* – par lequel les États parties au *Statut* affirment leur volonté de « mettre un terme à l'impunité » des auteurs des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale – pour conclure que la condition relative aux « forces armées nationales » dans l'analyse du crime de conscription/enrôlement d'enfants de moins de 15 ans n'était pas limitée aux forces armées d'un État). Traduite en matière interprétative, la lutte contre l'impunité signifie qu'une disposition doit être interprétée de manière telle qu'il n'y ait aucun fossé entre le comportement blâmable d'un individu et l'application de la règle qui est censée le sanctionner. Or, cette façon de lire les dispositions du droit international pénal est susceptible de violer le principe d'interprétation stricte du droit pénal. Voir la discussion du professeur Dov Jacobs à ce sujet : Dov Jacobs, « Positivism and International Criminal Law : The Principle of Legality as a Rule of Conflict of Theories », dans Jean d'Aspremont et Jörg Kammerhofer, dir., *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 (à venir), version préliminaire disponible en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2046311>, à la p. 33.

³³⁵ Pour les tribunaux *ad hoc*, voir : Jugement *Stakić*, *supra* note 235, aux paragr. 741 à 743, confirmé par l'arrêt *Stakić*, *supra* note 221, au paragr. 329. Du côté de la Cour pénale internationale, l'article 25-3-a du *Statut de Rome* prévoit qu'une personne peut commettre un crime par l'intermédiaire d'une autre personne, « que cette autre personne soit ou non pénalement responsable ».

³³⁶ Voir les articles 26 et 32 du *Statut de Rome*.

engagée en raison du fait qu'il ne manifestait pas l'état d'esprit particulier requis pour que cet acte soit qualifié de crime au sens du statut pertinent³³⁷

L'approche retenue dans l'affaire *Milutinović* nous semble néanmoins présenter un vice conceptuel. Rappelons que la distinction opérée par la chambre de première instance entre les individus dont la connaissance du contexte de l'attaque peut compenser l'absence d'une telle connaissance chez l'auteur matériel, d'une part, et ceux dont la connaissance n'est pas suffisante pour ce faire, d'autre part, se fonde sur les modes de participation criminelle sanctionnés par les statuts des tribunaux *ad hoc*. Il en résulte qu'une chambre préliminaire ou de première instance qui applique le cadre d'analyse développé dans le jugement *Milutinović* – que ce soit à l'étape de la délivrance d'un mandat d'arrêt, de la confirmation des charges ou du jugement³³⁸ – devra statuer sur des éléments de la responsabilité pénale avant même d'avoir conclu que les actes dénoncés dans l'acte d'accusation constituaient des crimes contre l'humanité. Or, devant les tribunaux *ad hoc*, tous les modes de participation requièrent la preuve préalable que des crimes ont été commis³³⁹. Par ailleurs, si l'accusé est le seul tiers à avoir connaissance du contexte de l'attaque, la chambre aura à déterminer de quelle façon il a participé aux crimes afin d'établir que sa connaissance peut être pertinente ; la chambre se trouvera ainsi à décider de façon sommaire de la responsabilité pénale de l'accusé avant d'avoir établi que les actes dont il doit répondre sont criminels.

Face à ces écueils potentiels, le critère aurait avantage à s'affranchir du vocabulaire de la responsabilité pénale. Rappelons que la chambre de première instance a estimé que « le lien entre la personne qui a [la] connaissance [du contexte de l'attaque] et la commission de l'infraction doit être suffisamment direct ou étroit »³⁴⁰. À notre avis, il aurait été plus sage que la chambre se limite à cette formulation et décide que l'appréciation du lien « direct ou

³³⁷ Voir Héctor Olásolo, *Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Oxford, Hart, 2009, aux p. 111 à 116.

³³⁸ Rappelons qu'avant qu'un individu ne soit cité à procès devant la Cour pénale internationale, une chambre préliminaire doit d'abord délivrer un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître (article 58 du *Statut de Rome*), puis ensuite confirmer les charges portées par le Procureur (article 61 du *Statut de Rome*). Lorsque le Procureur entend ouvrir une enquête de sa propre initiative, il doit en demander l'autorisation à une chambre préliminaire de la Cour (article 15 du *Statut de Rome*).

³³⁹ Jugement *Akayesu*, *supra* note 62, au paragr. 473 (soulignant qu'à l'exception du crime de génocide, les statuts des tribunaux *ad hoc* ne sanctionnent pas la tentative de commettre un crime).

³⁴⁰ Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. I, au paragr. 158.

étroit » se ferait au cas par cas³⁴¹ et non pas en fonction des critères propres aux modes de participation criminelle.

Par souci de commodité et afin de ne pas alourdir inutilement le texte, nous ne nous référerons qu'à l'auteur matériel lorsque nous évoquerons la connaissance de l'attaque dans la suite de l'analyse.

Section 2 – La nature de l'élément mental propre aux crimes contre l'humanité

Comme nous l'avons vu en introduction de ce chapitre, l'élément mental propre aux crimes contre l'humanité comporte deux volets : la connaissance de l'attaque, d'une part, et la conscience du fait que les crimes participent de cette attaque, d'autre part. Dans cette section, nous aborderons tout d'abord la connaissance de l'attaque (sous-section 2.1), puis ensuite la connaissance du lien entre l'acte incriminé et l'attaque et les questions que cette dernière exigence soulève (sous-section 2.2). Nous concluons cette section en esquisant – comme nous l'avons fait pour l'élément matériel – une méthode d'analyse de l'élément mental (sous-section 2.3).

2.1 La connaissance de l'attaque

La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* et l'article 7 du *Statut de Rome* de la Cour pénale internationale exigent tous deux la preuve que le crime a été commis en connaissance de l'attaque³⁴². La chambre de première instance II du TPIR dans l'affaire *Kayishema* expliquait ainsi le fondement de cette exigence :

³⁴¹ Nous nous inspirons du critère développé par la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* pour apprécier le lien entre les auteurs matériels étrangers à l'entreprise criminelle commune et les membres de cette entreprise : *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, IT-99-33-A, Arrêt (3 avril 2007) au paragr. 413 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Brđanin*].

³⁴² Pour le TPIY voir : Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 102, approuvant les observations de la chambre de première instance dans le jugement *Kunarac*, *supra* note 13, au paragr. 434. Voir également : Jugement *Tadić*, *supra* note 26, aux paragr. 656, 657 et 659, confirmé sur ce point en appel (Arrêt *Tadić*,

Ce qui transforme l'acte d'un individu en crime contre l'humanité, c'est notamment le fait que cet acte soit classé dans une catégorie d'infractions présentant un niveau de gravité accru. L'accusé [*sic*] devrait par conséquent être conscient de ce degré de gravité pour être tenu responsable desdits crimes. De ce fait, une connaissance objective ou raisonnée du contexte plus large dans lequel s'inscrit l'attaque s'avère nécessaire pour que la *mens rea* exigée soit constatée. [...]³⁴³

L'auteur matériel n'a pas à savoir que le contexte auquel il prend part pourrait éventuellement être qualifié d'« attaque » par un tribunal pénal international – il s'agit d'une tâche qui relève du ressort exclusif du tribunal³⁴⁴. De fait, l'auteur matériel n'a qu'à connaître les circonstances *factuelles* qui permettront au tribunal international de conclure au déroulement d'une attaque³⁴⁵. Au plan factuel, rappelons que l'« attaque » visée par les textes sanctionnant les crimes contre l'humanité se caractérise par des actes de violence (une « attaque ») commis à grande échelle (« généralisée ») ou de façon répétée (« systématique ») contre des individus qui n'appartenaient à aucune force armée (« dirigée contre une population civile »)³⁴⁶.

La chambre d'appel du TPIY a précisé que la connaissance n'a pas à porter sur tous les « détails » de l'attaque³⁴⁷. C'est également l'approche retenue du côté de la Cour pénale internationale³⁴⁸. Comme le précisent les *Éléments des crimes*, les auteurs matériels n'ont

supra note 6, au paragr. 248). Pour le TPIR, voir : Jugement *Kayishema*, *supra* note 46, aux paragr. 133 et 134. Voir également : Arrêt *Gacumbitsi*, *supra* note 152, au paragr. 86. Du côté de la Cour pénale internationale, rappelons que le dernier élément de chacun des actes incriminés à l'article 7 des *Éléments des crimes* impose à l'Accusation le fardeau d'établir que l'« auteur » savait que son comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie. Pour une application de ce principe, voir : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*, *supra* note 78, au paragr. 126.

³⁴³ Jugement *Kayishema*, *supra* note 46, au paragr. 134.

³⁴⁴ Il s'agit d'une application du principe *iura novit curia* – le juge connaît le droit. Voir les commentaires de la chambre d'appel du TPIY à cet sujet : *Le Procureur c. Mladen Naletilić*, IT-98-34-A, Arrêt (3 mai 2006) au paragr. 119 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Naletilić*]. Certes, les remarques de la chambre d'appel ne concernaient que la connaissance du caractère international du conflit armé – une condition préalable à la sanction de certains crimes de guerre. Or, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, la façon d'établir le lien entre le crime contre l'humanité et l'attaque rejoint celle permettant d'établir le lien de connexité entre le crime de guerre et le conflit armé : *supra*, chapitre I, paragraphe 2.1.1, aux p. 44 et ss. Les observations de la chambre d'appel peuvent donc valablement s'appliquer aux crimes contre l'humanité.

³⁴⁵ Jugement *Tadić*, *supra* note 26, au paragr. 657.

³⁴⁶ *supra*, chapitre liminaire, section 2, à partir de la p. 20.

³⁴⁷ Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 102, approuvant les observations de la chambre de première instance dans le jugement *Kunarac*, *supra* note 13, au paragr. 434.

³⁴⁸ Deuxième paragraphe introductif de l'article 7 des *Éléments des crimes*.

pas à connaître la politique en application de laquelle l'attaque est lancée (lorsque c'est le cas), non plus qu'ils ont à être conscients des autres actes qui composent l'attaque³⁴⁹.

2.2 La connaissance du lien entre l'acte incriminé et l'attaque

La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* ne se contente pas d'exiger la simple connaissance de l'existence de l'attaque : l'auteur matériel doit également savoir que son acte participait de cette attaque³⁵⁰. Ainsi que l'expliquait la chambre de première instance II du TPIR saisie de l'affaire *Kayishema*, « [c]ette exigence vient renforcer l'exclusion générale dont font l'objet les actes isolés [...] »³⁵¹.

Du côté de la Cour pénale internationale, les *Éléments des crimes* requièrent également la preuve que l'« auteur »³⁵² savait que son comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile³⁵³. Il existe toutefois une exception à cette règle. Lors de la phase « initiale » d'une attaque – une réalité qui n'a jamais été envisagée par la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* et dont la notion n'a pas encore été définie par la jurisprudence de la Cour³⁵⁴ – il doit être prouvé que l'« auteur » *entendait* que son comportement s'inscrive dans le cadre de l'attaque. Cette exception s'entend aisément : comment peut-on être conscient d'une réalité qui ne s'est pas encore matérialisée ? Bien entendu, l'Accusation pourrait également établir que lors d'une attaque en cours, l'auteur matériel du crime contre l'humanité non seulement savait que son comportement relevait de l'attaque, mais entendait aussi qu'il en soit ainsi. Il n'est toutefois pas nécessaire que l'Accusation établisse cette intention pour se décharger de son fardeau de preuve.

³⁴⁹ Deuxième paragraphe introductif de l'article 7 des *Éléments des crimes*.

³⁵⁰ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 248.

³⁵¹ Jugement *Kayishema*, *supra* note 46, au paragr. 134. La citation complète mentionne « [c]ette exigence vient renforcer l'exclusion générale dont font l'objet les actes isolés *perpétrés à des fins purement personnelles*, au regard des crimes contre l'humanité ». (italique ajouté) Nous avons volontairement tronqué la citation car la notion de « fins purement personnelles » est contestable et sera discutée plus loin dans cette sous-section : *infra*, chapitre II, paragraphe 2.2.2, à partir de la p. 102. L'essence des remarques de la chambre de première instance demeure néanmoins pertinente.

³⁵² Voir notre discussion à ce sujet, *supra*, chapitre II, sous-section 1.5, à partir de la p. 91.

³⁵³ Voir le dernier élément de chaque acte incriminé à l'article 7 des *Éléments des crimes*.

En apparence simple, la condition relative à la connaissance du lien entre l'acte incriminé et l'attaque soulève un certain nombre de questions – qui ne sont pas étrangères à celles qui se posent de façon générale en droit pénal interne. Nous les aborderons tour à tour dans cette sous-section. La première d'entre elles concerne le degré de connaissance requis : l'insouciance de l'auteur matériel peut-elle être suffisante ? (paragraphe 2.2.1) La deuxième problématique se rapporte à la motivation de l'auteur matériel de participer à l'attaque : les mobiles doivent-ils être pris en compte dans l'examen de la connaissance ? (paragraphe 2.2.2) La dernière question découle de la nature discriminatoire de plusieurs attaques : l'auteur matériel doit-il avoir pris sa victime pour cible en raison de l'appartenance de cette dernière au groupe visé par l'attaque ? (paragraphe 2.2.3)

2.2.1 La mise au rancart partielle de l'insouciance comme norme applicable

Comme nous l'avons expliqué en introduction à la section précédente³⁵⁵, il est permis de douter que toutes les personnes qui commettent des crimes lors d'une « attaque » sont conscientes que leur comportement participe de cette attaque. Pourrait-on néanmoins se satisfaire de l'insouciance en pareilles circonstances ? Nous entendons par « insouciance » l'état d'esprit de celui qui prend le risque d'agir dans un sens alors qu'il sait que sa conduite engendrera probablement un résultat prohibé³⁵⁶. Ainsi, dans le contexte de crimes contre l'humanité, est insouciant l'individu qui, mis au courant du fait que des crimes sont perpétrés sur une grande échelle ou de façon répétée dans sa localité, persiste néanmoins dans sa volonté de commettre un crime, prenant dès lors le risque que son comportement criminel s'inscrive dans le cadre de l'attaque. Le concept d'insouciance, issu de la *common law*, peut être rapproché de celui de « dol éventuel » connu dans les systèmes de droit continental³⁵⁷. L'insouciance et le dol éventuel présentent quelques différences

³⁵⁴ Margaret M. deGuzman, « Crimes against Humanity » dans Bartram S. Brown, dir., *Research Handbook on International Criminal Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, 62, aux p. 75-76.

³⁵⁵ *supra*, à la p. 71.

³⁵⁶ Nous nous inspirons en cela de la définition du concept de *recklessness* que donnent certains instruments de droit pénal de pays de tradition de *common law* : *Criminal Code Act 1995* (Cth), article 5.4 (Australie) ; American Law Institute, *Model Penal Code*, article 2.02-2-c (États-Unis).

³⁵⁷ Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, à la p. 45.

conceptuelles³⁵⁸, mais il n'est pas de notre propos de nous y attarder. Pour les fins de ce paragraphe, nous les considérerons comme des concepts équivalents.

Dans le jugement qu'elle a rendu dans l'affaire *Blaškić*, la chambre de première instance I du TPIY a estimé qu'il pouvait suffire que l'« accusé »³⁵⁹ prenne le risque que son comportement s'inscrive dans le cadre de l'attaque³⁶⁰. La chambre de première instance II du même tribunal a repris ce critère dans le jugement *Kunarac*³⁶¹, lequel a été confirmé en appel sur ce point³⁶². Il convient de noter que le juge qui présidait l'affaire *Blaškić* en première instance, le juge Claude Jorda, de nationalité française, a également présidé la formation de la chambre d'appel qui a rendu l'arrêt *Kunarac*.

Le raisonnement du jugement *Blaškić* se fonde sur la notion de dol. S'appuyant sur un ouvrage de droit pénal français, la chambre de première instance relève que le concept de « connaissance » « [...] recouvre également le comportement 'de la personne qui prend un risque de façon délibérée, tout en espérant que ce risque ne provoque aucun dommage' »³⁶³. De l'avis de la chambre, dans le cas des crimes contre l'humanité, l'exigence que l'auteur matériel ait eu « connaissance » du contexte dans lequel les crimes ont été perpétrés ne requiert pas nécessairement une volonté délibérée de sa part d'y participer ; il peut suffire que l'auteur matériel ait pris le risque que ses actes s'y inscrivent³⁶⁴. Reprenant le vocabulaire du dol, la chambre indique qu'un dol direct n'est pas nécessaire pour qu'un acte soit qualifié de crime contre l'humanité ; un dol indirect ou un dol éventuel peut suffire³⁶⁵. Il importe de noter qu'en filigrane de son analyse de la nature de l'élément mental, la chambre de première instance a laissé entendre que le contexte de l'« attaque »

³⁵⁸ La différence essentielle tient à la volonté de l'auteur matériel d'accepter – ou de se « réconcilier » avec – le résultat découlant du risque qu'il prend. Une telle volonté doit être établie pour le dol éventuel, mais n'a pas à être démontrée s'agissant de l'insouciance : Sarah Finnin, *Elements of Accessorial Modes of Liability : Articles 25(3)(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2012, à la p. 159 [Finnin, *Elements of Accessorial Modes of Liability*].

³⁵⁹ Il n'est pas clair si le jugement *Blaškić* visait tout accusé, peu importe son rôle dans la commission des crimes, ou seulement l'accusé qui était auteur matériel. Le cadre d'analyse développé dans le jugement *Milutinović* apporte une réponse à cet égard : *supra*, chapitre II, sous-section 1.5, à partir de la p. 91.

³⁶⁰ Jugement *Blaškić*, *supra* note 89, au paragr. 251.

³⁶¹ Jugement *Kunarac*, *supra* note 13, au paragr. 432.

³⁶² Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 102.

³⁶³ Jugement *Blaškić*, *supra* note 89, au paragr. 254, citant Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, *Le nouveau droit pénal*, 3^e éd., Paris, 1996.

³⁶⁴ Jugement *Blaškić*, *supra* note 89, aux paragr. 251 à 257.

³⁶⁵ Jugement *Blaškić*, *supra* note 89, au paragr. 254.

devait être déterminé par une idéologie, une politique ou un plan. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'approche développée dans le jugement *Blaškić* a été reprise dans le jugement *Kunarac*, lequel a été confirmé en appel sur ce point.

L'arrêt *Blaškić* a été rendu après le jugement et l'arrêt *Kunarac*. Assez singulièrement, après l'avoir avalisée dans l'arrêt *Kunarac*, la chambre d'appel du TPIY s'est distancée de l'approche de la « prise du risque » dans l'arrêt *Blaškić*. Dans son arrêt, la chambre d'appel a estimé qu'en déclarant qu'« il suffit que [l'accusé] ait, en conscience, pris le risque de participer à la mise en œuvre de cette idéologie, cette politique ou ce plan », la chambre de première instance n'a pas correctement défini l'élément moral requis pour les crimes contre l'humanité³⁶⁶. Certes, la chambre d'appel a reproché essentiellement à la chambre de première instance d'avoir énoncé un critère qui renoue avec la notion de « politique »³⁶⁷ – laquelle a été explicitement écartée des éléments constitutifs des crimes contre l'humanité tel qu'ils sont punis devant les tribunaux *ad hoc*³⁶⁸. La chambre d'appel a néanmoins ajouté que l'élément moral requis pour les crimes contre l'humanité implique la preuve que l'auteur matériel « sait que la population civile fait l'objet d'une attaque et que ses actes s'inscrivent dans le cadre de celle-ci »³⁶⁹, sans faire aucune mention d'une quelconque prise de risque. Même s'il nous apparaît évident que par ces propos, la chambre d'appel s'est écartée du critère de la « prise du risque », la jurisprudence du TPIY s'est fractionnée à ce

³⁶⁶ Arrêt *Blaškić*, *supra* note 77, au paragr. 126.

³⁶⁷ Arrêt *Blaškić*, *supra* note 77, au paragr. 127.

³⁶⁸ *supra*, chapitre liminaire, sous-section 2.3, à partir de la p. 27.

³⁶⁹ Arrêt *Blaškić*, *supra* note 77, au paragr. 124.

sujet³⁷⁰. Pour ajouter à la confusion, la même chambre d'appel validera le critère de la « prise du risque » dans un arrêt ultérieur, de façon indirecte cependant³⁷¹.

Nous ne croyons pas qu'il faille exclure l'insouciance comme état d'esprit. L'insouciance est en effet admise par les tribunaux *ad hoc* comme fondement à la responsabilité pénale individuelle. Comme nous le verrons dans le prochain chapitre, celui qui participe à une entreprise criminelle commune peut être tenu responsable de crimes qui ne sont pas prévus au plan initial, mais qui en sont néanmoins la conséquence prévisible dès lors qu'il est établi que l'accusé est conscient de cette probabilité et qu'il décide de continuer à participer à la mise en œuvre du plan commun³⁷² – un état d'esprit assimilable à l'insouciance/*dolus eventualis*³⁷³. Qui plus est, certains actes criminels susceptibles d'être qualifiés de crimes contre l'humanité – l'assassinat et le crime d'extermination – peuvent être commis avec insouciance³⁷⁴. Dans la mesure où les tribunaux *ad hoc* admettent que l'insouciance justifie une sanction pénale individuelle, que ce soit au plan de la responsabilité pénale individuelle ou encore pour les actes criminels, nous voyons difficilement pourquoi cette notion ne pourrait s'appliquer à la preuve de la connaissance du contexte de l'attaque³⁷⁵.

³⁷⁰ Par exemple, la chambre de première instance III du TPIY a refusé d'autoriser l'Accusation à amender l'Acte d'accusation dressé contre Vojislav Šešelj pour y ajouter la mention « À titre subsidiaire, [l'accusé] a couru le risque que ses actes s'inscrivent dans le cadre de ces attaques » au motif que cette modification « n'est pas conforme à l'état actuel du droit » tel que défini dans l'arrêt *Blaškić : Le Procureur c. Vojislav Šešelj*, IT-03-67-PT, Décision relative à la demande d'autorisation de déposer un acte d'accusation modifié, présentée par l'Accusation (14 septembre 2007) aux paragr. 31 à 33 (TPIY, Chambre de première instance III). D'autres chambres de première instance ont revanche indiqué dans la partie de leur jugement consacrée au droit applicable que la prise du risque pouvait suffire : *Le Procureur c. Mile Mrkšić*, IT-95-13/1-T, Jugement (27 septembre 2007) au paragr. 439 (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Mrkšić*] ; Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. I, au paragr. 160. Assez singulièrement, la décision *Šešelj* a été rendue par un banc sur lequel siégeait le juge Iain Bonomy, lequel présidera la formation qui rendra le jugement *Milutinović*.

³⁷¹ Dans l'arrêt *Martić*, la chambre d'appel a simplement noté que la chambre de première instance avait correctement défini l'élément mental des crimes contre l'humanité en statuant que « *the perpetrator must have known of the attack on the civilian population and that his or her acts formed part of the attack, or at least have taken the risk that his or her acts were part of the attack* » : Arrêt *Martić*, *supra* note 85, au paragr. 316. Dans la mesure où aucune des parties n'avait contesté le jugement de première instance sur ce point, on ne saurait voir dans les propos de la chambre d'appel autre chose qu'un *obiter*.

³⁷² *infra*, chapitre III, paragraphe 1.1.1, à la p. 116.

³⁷³ Elies van Sliedregt, « Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individual for Genocide » (2007) 5 J Int'l Crim Just 184, à la p. 186.

³⁷⁴ Jugement *Brđanin*, *supra* note 115, aux paragr. 386 et 395.

³⁷⁵ Le professeur Antonio Cassese était de l'avis contraire. Dans ses premières observations sur le *Statut de Rome* – qui, comme nous le verrons à la fin de ce paragraphe, exclut l'insouciance comme état d'esprit coupable –, le professeur Cassese estimait que l'extrême gravité des crimes contre l'humanité excluait qu'ils

La question de l'insouciance se pose différemment devant la Cour pénale internationale. Rappelons que l'article 30 du *Statut de Rome* prescrit que l'élément matériel de tout crime puni par le *Statut de Rome* doit être commis avec intention et connaissance. À cette fin, l'article 30 établit une distinction entre un « comportement » et une « conséquence ». En toute logique, le fait qu'un crime s'inscrive dans le cadre d'une attaque dirigée contre une population civile doit être envisagé comme une « conséquence »³⁷⁶. Comme nous l'avons vu en introduction à cette section, les *Éléments des crimes* exigent que l'auteur matériel ait connaissance que ses actes font partie d'une attaque ou, dans le cas d'une attaque dans sa phase « initiale », ait l'intention que ces actes en fassent partie. L'article 30-3 du *Statut de Rome* définit la connaissance d'une conséquence comme la conscience que cette conséquence « adviendra dans le cours normal des événements ». L'article 30-2-b décrit l'intention à l'égard d'une conséquence comme la conscience que cette conséquence « adviendra dans le cours normal des événements ». À l'évidence, le niveau de preuve requis par le *Statut de Rome* pour établir la connaissance d'une conséquence et celui pour déterminer l'intention de causer cette conséquence – qui sont virtuellement les mêmes – s'opposent à la nature même de l'insouciance. En effet, le niveau retenu – « *adviendra* dans le cours normal des événements » – équivaut à une quasi-certitude ; or, l'insouciance ne suppose qu'une simple éventualité³⁷⁷. Ainsi, devant la Cour pénale internationale, la preuve que l'auteur matériel a pris le risque que son acte participe d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ne peut suffire pour que cet acte soit qualifié de crime contre l'humanité.

puissent être commis avec insouciance : Antonio Cassese, « The Statute of the International Criminal Court : Some Preliminary Reflections » (1999) 10 EJIL 144, à la p. 154.

³⁷⁶ Fannie Lafontaine, *Prosecuting Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes in Canadian Courts*, Toronto, Carswell, 2012, au chapitre 4, dans la section 4.2.2. *Contra* : Margaret M. deGuzman, « The Road from Rome : The Developing Law of Crimes against Humanity » (2000) 22 Hum Rts Q 335, aux p. 399 et ss [deGuzman, « The Road from Rome »].

³⁷⁷ Jugement *Lubanga*, *supra* note 20, au paragr. 1011 (observant qu'il ressort de l'historique législatif du *Statut de Rome* que les rédacteurs du *Statut* ont délibérément écarté l'idée d'inclure l'insouciance/dol éventuel à l'article 30 et que le libellé même de cet article exclut toute interprétation en ce sens). En reprenant à son compte l'analyse que la chambre préliminaire II avait faite de la question dans la Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*, *supra* note 78, aux paragr. 360-369, la chambre de première instance saisie de l'affaire *Lubanga* s'est écartée de la position exprimée par la chambre préliminaire dans la décision de confirmation des charges rendue dans sa propre affaire : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga*, *supra* note 142, aux paragr. 352-354 (la chambre préliminaire avait exclu l'insouciance, mais avait admis le dol éventuel). La doctrine est encore divisée au sujet de la possibilité que l'insouciance/dol éventuel soit une forme d'état d'esprit coupable au regard du *Statut de Rome* : Mohamed

2.2.2 La non-pertinence du mobile

Une « attaque » de la nature de celles où se commettent des crimes contre l'humanité se caractérise généralement par l'effondrement des structures étatiques de protection de la population civile³⁷⁸. Certains individus peuvent vouloir profiter du climat d'impunité qui en résulte pour commettre des actes de violence pour des raisons qui leur sont propres, sans pour autant souhaiter contribuer à l'attaque³⁷⁹. Le fait que l'auteur matériel du crime ait agi par haine personnelle plutôt que par adhésion à l'attaque empêche-t-il de conclure qu'un crime contre l'humanité a été commis ?

Sans donner davantage d'explications, la chambre de première instance II du TPIY saisie de l'affaire *Tadić* a estimé que l'acte constitutif d'un crime contre l'humanité ne pouvait être commis dans un « dessein *purement* personnel » sans lien avec l'attaque³⁸⁰. De l'avis de la chambre, « si les mobiles personnels peuvent être présents, ils ne doivent pas être le seul motif de l'acte »³⁸¹.

Ce positionnement, qui laisse entendre qu'un acte ne pourra être considéré comme un crime contre l'humanité que si l'auteur matériel a agi avec un dessein lié à l'attaque, était potentiellement critiquable. Dans les différents systèmes de droit pénal interne, le mobile ou dessein de l'auteur matériel importe généralement peu dans la qualification juridique du

Elewa Badar, « The Mental Element in the Rome Statute of the International Court : A Commentary from a Comparative Criminal Law Perspective » (2008) 19 Crim L F 473, à la p. 487.

³⁷⁸ Ambos et Wirth, « Current Law of Crimes against Humanity », *supra* note 63, à la p. 36. Rappelons que dans certains cas, les policiers sont les auteurs matériels des crimes : Jugement *Dorđević*, *supra* note 109, au paragr. 1715 (concluant que neuf Kosovars d'origine albanaise ont été tués par des policiers serbes dans le village de Mala Krusa/Krusë-e-Vogël en mars 1999) ou encore, font preuve de laxisme dans les enquêtes sur les crimes commis lors de l'attaque : Jugement *Stanišić & Župljanin*, *supra* note 112, vol. II, aux paragr. 513-517 (décrivant l'attitude de l'accusé Stojan Župljanin à l'égard de crimes commis contre les non-Serbes).

³⁷⁹ Dans l'appel qu'il a interjeté contre le jugement de première instance, Sylvestre Gacumbitsi a prétendu que la chambre de première instance aurait dû conclure que le viol commis contre une jeune femme par une personne qu'elle connaissait était un crime isolé au regard de l'attaque et que ce crime ne pouvait, de ce fait, constituer un crime contre l'humanité : *Sylvestre Gacumbitsi c. Le Procureur*, ICTR-01-64-A, Mémoire de l'appelant (4 octobre 2004) au paragr. 370 (TPIR, Défense de Sylvestre Gacumbitsi). Comme nous l'avons vu plus haut, la chambre d'appel a rejeté ce motif d'appel : *supra*, chapitre I, paragraphe 2.1.1, à la p. 47.

³⁸⁰ Jugement *Tadić*, *supra* note 26, aux paragr. 656, 658 et 659 (italique ajouté). Dans le même paragraphe, la chambre de première instance mentionne que l'acte ne peut être commis dans un dessein *purement* personnel sans lien « avec le conflit armé », semblant confondre ce concept avec la notion d'« attaque ». Comme le relèvera à juste titre la chambre d'appel, l'« attaque » et le conflit armé sont deux concepts distincts. Voir notre discussion à ce sujet : *supra*, chapitre liminaire, sous-section 2.1, à la p. 21.

comportement ; tant que l'auteur matériel manifeste l'état d'esprit requis, ce dernier peut avoir agi pour des raisons personnelles³⁸².

Au vu de l'ambiguïté de la formule employée par la chambre de première instance, la chambre d'appel du TPIY a estimé devoir préciser la portée du jugement de première instance sur ce point. La chambre d'appel a considéré, tout comme la chambre de première instance, que l'existence de motifs personnels chez l'auteur matériel n'empêche pas, en soi, de conclure qu'un crime contre l'humanité a été commis³⁸³. La chambre d'appel a toutefois déduit du libellé de l'article 5 du *Statut du TPIY* que les crimes contre l'humanité impliquent seulement la preuve que l'acte a été commis en connaissance du contexte de l'attaque – de l'avis de la chambre, rien dans l'article 5 n'exige d'établir que l'acte n'a pas été commis pour des raisons purement personnelles³⁸⁴. La position de la chambre d'appel se fonde également sur une série d'affaires jugées après la Seconde Guerre mondiale, plus particulièrement sur les affaires dites de « dénonciation » où les victimes ont été tuées ou maltraitées par les autorités après avoir été dénoncées par les accusés pour des raisons personnelles : les motivations personnelles des accusés dans ces affaires n'ont pas empêché les tribunaux de considérer que les actes de dénonciation pouvaient constituer des crimes contre l'humanité³⁸⁵. La chambre d'appel du TPIY a estimé que le mobile ne pouvait être qu'une circonstance à considérer dans la détermination de la peine³⁸⁶.

Nous voyons mal comment il aurait pu en être autrement. Les desseins pouvant animer les auteurs matériels des crimes contre l'humanité sont multiples et tracer une ligne entre les motifs « purement personnels » et ceux liés à l'attaque serait une tâche impossible. Pour reprendre les mots du pénaliste français Jean Pradel, s'intéresser au mobile implique une « investigation psychologique hasardeuse »³⁸⁷. Qui plus est, il ressort clairement des

³⁸¹ Jugement *Tadić*, *supra* note 26, au paragr. 658.

³⁸² Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2008, à la p. 97 [Pradel, *Droit pénal comparé*].

³⁸³ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 252.

³⁸⁴ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, aux paragr. 248 et 250.

³⁸⁵ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, aux paragr. 259 à 262.

³⁸⁶ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 269.

³⁸⁷ Pradel, *Droit pénal comparé*, *supra* note 382, à la p. 97. La chambre d'appel a toutefois exprimé l'avis que « [...] l'excessive charge de la preuve qui [...] incomberait [à l'Accusation] si elle devait établir que l'accusé [*sic*] n'agissait pas dans un dessein personnel » n'était pas une considération pertinente pour décider si le mobile est une condition ou non des crimes contre l'humanité : Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 254. Pourtant, lorsqu'il s'agit d'évaluer le degré de précision d'un acte d'accusation alléguant des crimes contre

décisions rendues après la Seconde Guerre mondiale que ce n'est pas l'état d'esprit de l'auteur qui caractérise les crimes contre l'humanité³⁸⁸, mais plutôt la contribution du crime au contexte de l'attaque qui est condamnable – dès lors, il importe peu que l'auteur matériel ait eu l'intention que son acte participe de l'attaque ou qu'il ait eu le désir de « bien agir » ; ce qui compte, c'est que le crime s'inscrive dans le contexte de l'attaque et que l'auteur matériel en soit conscient, indépendamment de ses motivations³⁸⁹. Notons que le TPIY a appliqué à d'autres aspects de sa compétence le principe d'indifférence du mobile, notamment quant à l'intention devant être établie pour le crime de génocide³⁹⁰ et l'intention de participer à une entreprise criminelle commune³⁹¹.

Ainsi, l'auteur matériel d'un crime contre l'humanité n'a pas à avoir partagé le but ou l'objectif de l'attaque³⁹². Il importe également peu qu'il ait voulu, par son acte, atteindre seulement sa victime plutôt que la population civile à travers sa victime³⁹³. Le fait pour l'auteur matériel d'agir pour des raisons qui lui sont propres peut néanmoins être indicatif du fait qu'il n'était pas conscient que son acte participait de l'attaque³⁹⁴.

Même si les questions touchant au mobile de l'auteur matériel d'un crime contre l'humanité n'y ont pas encore été soulevées, la solution ne serait pas différente du côté de la Cour

l'humanité, la même chambre d'appel fait preuve de souplesse et tient compte des difficultés liées à la preuve des crimes contre l'humanité en n'exigeant pas de l'Accusation qu'elle porte une accusation distincte pour chacun des crimes couverts par l'acte d'accusation : Arrêt *Kupreškić*, *supra* note 229, au paragr. 98, approuvant la Décision relative à la forme de l'acte d'accusation dans l'affaire *Brđanin*, *supra* note 229, au paragr. 61.

³⁸⁸ Contrairement au crime de génocide : *infra*, chapitre III, sous-section 2.1, aux p. 132 et ss.

³⁸⁹ Voir la discussion à ce sujet de l'auteure Margaret M. deGuzman : deGuzman, « The Road from Rome », *supra* note 376, aux p. 388-394. L'article a été publié avant l'arrêt *Tadić*, *supra* note 6.

³⁹⁰ Arrêt *Jelisić*, *supra* note 43, au paragr. 49 : « La Chambre d'appel réitère en outre qu'il est nécessaire de distinguer entre l'intention spécifique et le mobile. Le mobile personnel du génocidaire peut, par exemple, être la perspective d'un profit économique personnel, d'avantages politiques ou d'une certaine forme de pouvoir. L'existence d'un mobile personnel n'empêche pas que l'auteur soit également animé de l'intention spécifique de perpétrer un génocide. Dans l'arrêt *Tadić*, la Chambre d'appel a souligné 'le défaut de pertinence associé en droit pénal aux mobiles de l'infraction' ».

³⁹¹ *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, IT-97-25-A, Arrêt (17 septembre 2003) au paragr. 100 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Krnojelac*] : « L'intention criminelle partagée ne suppose pas, de la part du coauteur, un enthousiasme, une satisfaction personnelle ou une initiative personnelle en vue de contribuer à l'entreprise commune ».

³⁹² Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 103.

³⁹³ Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 103.

³⁹⁴ Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 103.

pénale internationale, l'article 30 du *Statut de Rome* – qui traite de l'élément psychologique nécessaire à la preuve de tout crime – ne fait aucune mention des mobiles³⁹⁵.

2.2.3 L'absence d'intention discriminatoire

Les « attaques » relevant du domaine d'application des crimes contre l'humanité surviennent généralement dans le contexte d'hostilités entre deux groupes d'une même population civile. C'est pourquoi il ne faut guère s'étonner de lire dans les jugements des instances pénales internationales que l'attaque était dirigée contre la population civile *albanaise* du Kosovo³⁹⁶, contre la population civile *musulmane* de Srebrenica³⁹⁷ ou encore contre la population civile *tutsie* du Rwanda³⁹⁸. Très tôt dans l'histoire des tribunaux pénaux *ad hoc* s'est donc posée la question de savoir si l'auteur matériel devait également agir avec une intention discriminatoire pour que son acte soit considéré comme un crime contre l'humanité. En d'autres termes, l'auteur matériel doit-il avoir ciblé sa victime en raison de son appartenance au groupe qui est visé par l'attaque ?

La chambre d'appel du TPIY saisie de l'affaire *Tadić* a répondu par la négative³⁹⁹. Observant tout d'abord que l'article 5 du *Statut du TPIY* ne pose aucune condition de la sorte⁴⁰⁰, la chambre d'appel souligne que les rédacteurs du *Statut*, qui étaient animés d'objectifs « humanitaires », ne pouvaient avoir voulu restreindre les crimes contre l'humanité aux seuls cas de discrimination et ainsi exclure du domaine d'application de cette catégorie de crimes des cas de violence arbitraire et aveugle⁴⁰¹. La chambre d'appel

³⁹⁵ Dans une discussion sur le droit applicable à l'article 7 du *Statut de Rome*, l'auteur Payam Akhavan semble tenir pour acquis que les motivations personnelles ne sont d'aucune pertinence dans l'évaluation de la connaissance du contexte : Payam Akhavan, *Reducing Genocide to Law: Definition, Meaning, and the Ultimate Crime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, à la p. 40.

³⁹⁶ Voir, par exemple : Jugement *Dorđević*, *supra* note 109, au paragr. 1601.

³⁹⁷ Voir, par exemple : Jugement *Tolimir*, *supra* note 110, au paragr. 710.

³⁹⁸ Voir, par exemple : Jugement *Nyiramasuhuko*, *supra* note 76, au paragr. 6043.

³⁹⁹ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, aux paragr. 281 à 305. La chambre de première instance avait estimé que l'évocation d'une condition relative à l'intention discriminatoire dans le Rapport du Secrétaire général relatif à la création du TPIY, *supra* note 43, et l'interprétation qu'en ont faite plusieurs représentants d'États membres du Conseil de sécurité des Nations unies lors de l'adoption du *Statut du TPIY* suffisaient à conclure que tous les crimes contre l'humanité doivent être commis sur une base discriminatoire : Jugement *Tadić*, *supra* note 26, aux paragr. 650 à 652.

⁴⁰⁰ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, aux paragr. 283 et 284.

⁴⁰¹ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, aux paragr. 285 et 286.

relève par ailleurs qu'aucun instrument international ni aucun jugement rendu après la Seconde Guerre mondiale n'exige que l'attaque ou les actes sous-jacents aient été commis pour des motifs discriminatoires⁴⁰². Selon la chambre d'appel, l'intention discriminatoire ne s'applique qu'aux actes incriminés en tant que crime de persécution⁴⁰³. La réponse apportée par la chambre d'appel du TPIR a été la même, et ce, même si l'article 3 du *Statut du TPIR* pose pour condition que l'attaque ait été dirigée contre une population civile « en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse »⁴⁰⁴. La chambre d'appel du TPIR a jugé que cette exigence n'était qu'un élément de nature à limiter la compétence du TPIR au cas d'espèce du Rwanda, caractérisé par une attaque discriminatoire lancée contre la population civile tutsie, et n'appartenait pas à la définition même des crimes contre l'humanité⁴⁰⁵. La chambre d'appel du TPIR a toutefois précisé que l'auteur matériel doit *savoir* que son acte poursuit les fins d'une attaque discriminatoire, mais l'Accusation n'a pas à établir qu'il a agi lui-même avec une telle *intention*⁴⁰⁶. Notons que cette dernière condition ne vaut que pour le TPIR, le *Statut du TPIY* n'exigeant pas que l'attaque soit menée de façon discriminatoire. Par ailleurs, au vu de l'article 7 du *Statut de Rome* et des *Éléments des crimes* de la Cour pénale internationale, il ne fait aucun doute que l'Accusation n'a pas à établir que l'auteur matériel a agi avec une intention discriminatoire, et ce, malgré quelques remarques malheureuses d'une chambre préliminaire⁴⁰⁷.

⁴⁰² Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, aux paragr. 287 à 292, citant plus particulièrement le *Statut du Tribunal international militaire* de Nürnberg, *supra* note 3, le *Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient*, *supra* note 35, et la *Loi n°10* du Conseil de contrôle allié, *supra* note 36, mais aussi le *Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, *supra* note 41, de la Commission de droit international des Nations unies et l'article 7 du *Statut de Rome*, de même que de nombreuses décisions rendues par les tribunaux établis après la Seconde Guerre mondiale.

⁴⁰³ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, aux paragr. 283, 284 et 305.

⁴⁰⁴ Arrêt *Akayesu*, *supra* note 52, aux paragr. 461 à 469. La chambre d'appel du TPIR a repris entièrement à son compte le raisonnement de la chambre d'appel du TPIY.

⁴⁰⁵ Arrêt *Akayesu*, *supra* note 52, au paragr. 465.

⁴⁰⁶ Arrêt *Akayesu*, *supra* note 52, au paragr. 467.

⁴⁰⁷ Dans sa décision portant ouverture d'enquête sur la situation en République du Kenya, la chambre préliminaire II a considéré que « les victimes civiles d'un crime visé à l'article 7 du Statut sont des groupes de personnes que peuvent distinguer leur nationalité, leur appartenance ethnique ou d'autres attributs distinctifs », laissant entendre par là que les actes sous-jacents devaient être commis avec une intention discriminatoire : Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 22, au paragr. 81. En note de bas de page, la chambre préliminaire renvoie à la décision d'une autre chambre préliminaire, celle-là sur la confirmation des charges portées contre Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui. Or, dans cette décision, la chambre préliminaire I dit clairement que « le terme 'population civile' au sens de l'article 7 du Statut accorde des droits et des protections à 'toute population civile', indépendamment

Le raisonnement des chambres d'appel des tribunaux *ad hoc* nous apparaît exempt de critiques. Rappelons que le texte fondateur des crimes contre l'humanité, le *Statut du Tribunal international militaire* de Nürnberg, cantonne lui-même l'intention discriminatoire aux actes incriminés en tant que crime de persécution⁴⁰⁸. La seule déduction raisonnable que l'on puisse tirer de ce texte est que les rédacteurs, pourtant conscients du caractère discriminatoire des différentes attaques qui ont émaillé la Seconde Guerre mondiale⁴⁰⁹, ont décidé de ne pas restreindre le domaine d'application des crimes contre l'humanité aux comportements discriminatoires. Comme nous l'avons vu dans le chapitre liminaire, ils ont plutôt décidé de caractériser les crimes contre l'humanité par l'ampleur ou l'organisation du contexte de criminalité dont est victime la population civile⁴¹⁰. Comme le soulignent à juste titre les chambres d'appel des tribunaux *ad hoc*, ce n'est pas parce que la plupart des attaques sont discriminatoires qu'il faut pour autant que les tribunaux pénaux internationaux en fassent une condition juridique. Le choix législatif des rédacteurs du *Statut du Tribunal international militaire* de Nürnberg était d'ailleurs bien avisé. S'il avait fallu retenir l'exigence de discrimination, une situation comme celle en République centrafricaine – où les auteurs des crimes ciblaient les membres de la population civile sans égard à leur appartenance ethnique ou affiliation politique⁴¹¹ – n'aurait pu être portée devant la Cour pénale internationale, et ce, même si cette situation est suffisamment grave pour qu'elle y soit jugée⁴¹².

de toute condition de nationalité, d'appartenance ethnique ou d'autres attributs distinctifs » : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*, *supra* note 8, au paragr. 399 (italique ajouté).

⁴⁰⁸ Rappelons que l'article 6-c de ce statut se lisait ainsi : « *Les Crimes contre l'Humanité* : c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime. » (soulignement ajouté)

⁴⁰⁹ *supra*, introduction, à la p. 1.

⁴¹⁰ *supra*, chapitre liminaire, section 1, à la p. 15.

⁴¹¹ Fédération internationale des ligues de droits de l'Homme, *Rapport – République centrafricaine : Oubliées, stigmatisées ; la double peine des victimes de crimes internationaux*, Paris, FIDH, 2006, à la p. 22. Voir également les constats factuels dressés par la chambre préliminaire saisie de l'affaire *Bemba* dans sa décision portant confirmation des charges, où il n'est fait aucune mention d'une volonté discriminatoire dans la conduite de l'attaque : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*, *supra* note 78, aux paragr. 100 à 106.

⁴¹² C'est du moins la conclusion de la chambre de première instance III qui était appelée à déterminer si l'affaire dont elle était saisie était suffisamment grave que la Cour y donne suite, au sens de l'article 17-1-d du *Statut de Rome* : *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Décision relative aux

Ainsi, l'intention discriminatoire est seulement exigée pour les actes incriminés en tant que crime de persécution. Les actes constitutifs de ce crime doivent en effet avoir été commis avec l'intention d'atteindre une personne humaine en raison de son appartenance à une communauté ou à un groupe politique, racial ou religieux (pour les tribunaux *ad hoc*)⁴¹³ ou pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ou en fonction d'autres critères universellement reconnus en droit international (pour la Cour pénale internationale)⁴¹⁴.

2.3 Une méthode d'analyse appropriée

À l'instar de l'élément matériel⁴¹⁵, plusieurs chambres traitent la connaissance du contexte pour l'ensemble des actes incriminés⁴¹⁶, et non pas acte par acte, et ne fournissent guère les raisons pour lesquelles elles ont estimé que cet élément mental était établi⁴¹⁷. Comme pour l'élément matériel, cette façon d'analyser l'élément mental nous semble problématique au vu de l'obligation de motiver suffisamment les jugements. Rappelons que les chambres de première instance sont en effet tenues d'indiquer de manière suffisamment détaillée les éléments qui ont été acceptés comme établissant tous les éléments constitutifs des crimes reprochés⁴¹⁸.

Nous reconnaissons que dans l'affaire *Vasiljević*, la chambre d'appel du TPIY n'a pas tenu rigueur à la chambre de première instance de ne pas avoir énoncé les raisons pour lesquelles elle a établi que l'auteur matériel (en l'occurrence l'accusé) avait connaissance

exceptions tirées de l'irrecevabilité de l'affaire et de l'abus de procédure (24 juin 2010) au paragr. 249 (CPI, Chambre de première instance III).

⁴¹³ Article 5-h du *Statut du TPIY* ; article 3-h du *Statut du TPIR*.

⁴¹⁴ Article 7-1-h du *Statut de Rome*.

⁴¹⁵ *supra*, chapitre I, paragraphe 2.2.2, aux p. 60 et ss.

⁴¹⁶ Voir, par exemple : Jugement *Krajišnik*, *supra* note 112, au paragr. 711 ; Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*, *supra* note 78, au paragr. 126.

⁴¹⁷ Voir, par exemple : Jugement *Galić*, *supra* note 117, au paragr. 598 : « Sur la base des constatations faites dans le présent Jugement, la Chambre de première instance estime réunis les éléments requis par l'article 5 du Statut. Autrement dit, il y a une attaque, elle est dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit et elle est généralisée ou systématique. La Chambre de première instance conclut également que les crimes commis à Sarajevo pendant la période couverte par l'Acte d'accusation s'inscrivaient dans le cadre d'une attaque dirigée contre la population civile et que ce fait était connu de tous ceux qui se trouvaient affectés à Sarajevo et alentour à cette époque. »

⁴¹⁸ Arrêt *Kordić*, *supra* note 165, au paragr. 385.

de l'attaque et du fait que ses actes participaient de cette attaque⁴¹⁹. La chambre d'appel a jugé que la conclusion de la chambre de première instance ressortait des constats factuels que cette dernière avait dressés précédemment. Qu'il nous soit toutefois permis de comprendre des propos de la même chambre d'appel dans l'arrêt *Stakić* – où la chambre a indiqué qu'il aurait été « préférable » que la chambre de première instance renvoie à ses constats factuels lorsqu'elle a établi le lien de connexité entre les crimes de guerre et le conflit armé⁴²⁰ – qu'une chambre de première instance a le devoir d'explicitier son raisonnement lorsqu'elle conclut que l'auteur matériel avait connaissance du contexte de l'attaque.

Les chambres de première instance devraient donc se pencher sur l'élément mental pour chaque crime, et non au regard de l'ensemble des crimes, et détailler suffisamment les raisons pour lesquelles elles ont été amenées à conclure que les actes ont été commis en connaissance du contexte. Certes, dans la plupart des cas, l'identité des auteurs matériels est inconnue. Leur connaissance peut néanmoins être établie de façon « indirecte » ou circonstancielle à partir d'un faisceau d'indices. Il peut notamment être déduit de l'appartenance de l'auteur matériel à la force armée qui a lancé l'attaque contre la population civile que ce dernier ne pouvait ignorer l'existence de l'attaque et qu'il était conscient du fait que son comportement s'y inscrivait⁴²¹. Certaines chambres ont conclu à la connaissance en invoquant le fait que les conséquences de l'attaque étaient visibles de tous et qu'elles ne pouvaient, de ce fait, être ignorées de l'auteur matériel⁴²².

Rappelons que devant les instances pénales internationales, un chef d'accusation peut viser plusieurs incidents et, du coup, plusieurs auteurs matériels⁴²³. Dans le chapitre I, nous avons expliqué que lorsqu'un tel chef d'accusation est porté contre un accusé soupçonné d'avoir participé de façon indirecte à la réalisation des crimes ou devant répondre de crimes commis par ses subordonnés du fait de sa supériorité hiérarchique, l'Accusation ne peut être tenue de démontrer que chacun des incidents visés par le chef d'accusation se

⁴¹⁹ Arrêt *Vasiljević*, *supra* note 144, au paragr. 30.

⁴²⁰ Arrêt *Stakić*, *supra* note 221, au paragr. 344.

⁴²¹ Voir, par exemple : Jugement *Milošević*, *supra* note 84, au paragr. 930 (ce point n'a pas été infirmé en appel).

⁴²² Arrêt *Vasiljević*, *supra* note 144, au paragr. 30. Voir également : Jugement *Gotovina*, *supra* note 224, au paragr. 1722 (jugement infirmé, mais pour d'autres raisons).

rapportait à l'attaque ; en pareil cas, l'Accusation doit plutôt s'appliquer à prouver que le comportement décrit sous le chef d'accusation s'inscrit globalement dans le cadre de l'attaque⁴²⁴. Nous ne croyons pas que la démarche devrait être différente pour l'élément mental. Ainsi, il s'agira d'établir que dans l'ensemble, les auteurs matériels savaient qu'ils participaient à une attaque. Si l'Accusation décide de procéder par incidents représentatifs⁴²⁵, elle devra toutefois démontrer que les auteurs matériels des actes visés par ces incidents ont agi en connaissance du contexte de l'attaque. Dans l'hypothèse où un nombre significatif d'auteurs matériels n'ont pas la connaissance requise, il ne pourra être conclu que la ligne de conduite décrite par le chef d'accusation a été adoptée avec la connaissance de l'attaque.

⁴²³ *supra*, chapitre I, paragraphe 2.2.3, aux p. 64 et ss.

⁴²⁴ *supra*, chapitre I, paragraphe 2.2.3, aux p. 64 et ss.

⁴²⁵ *supra*, chapitre I, paragraphe 2.2.3, aux p. 64 et ss.

Chapitre III – La prise en compte de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque dans la preuve de la responsabilité pénale individuelle

Comme nous l'avons expliqué en introduction à ce mémoire, l'établissement de la responsabilité pénale d'un individu qui a participé à la commission d'un crime contre l'humanité autrement qu'en commettant l'élément matériel de ce crime est un processus distinct de la preuve du crime dont cet individu doit répondre. Dans les deux premiers chapitres, nous avons examiné la façon dont l'élément contextuel des crimes contre l'humanité se répercute sur la preuve du crime. Dans le dernier chapitre de ce mémoire, nous tâcherons de déterminer si l'analyse de la responsabilité pénale d'une personne qui n'a pas participé directement à la commission d'un crime contre l'humanité doit également tenir compte de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque. Les actes posés par l'accusé doivent-ils, à l'instar du crime, s'inscrire dans le cadre de l'attaque ? L'accusé doit-il avoir connaissance de l'attaque et être conscient du fait que ses actes participent de cette attaque ? En d'autres termes, l'accusé a-t-il à être, lui aussi, lié à l'attaque ?

Au contraire de ce qu'elles ont fait pour le crime de génocide et les crimes de guerre – les deux autres crimes punis par leurs statuts⁴²⁶ – les instances pénales internationales ne se sont jamais véritablement penchées sur ces questions dans le cas des crimes contre l'humanité. Certes, comme nous l'avons vu plus haut, l'emploi du terme « accusé » dans l'arrêt *Kunarac* pour désigner la personne dont les actes et l'état d'esprit doivent s'attacher à l'attaque a conduit certaines chambres des tribunaux *ad hoc* à examiner ces deux éléments dans la responsabilité pénale individuelle⁴²⁷. C'est également une tendance que l'on observe

⁴²⁶ Le *Statut de Rome* sanctionne un quatrième crime : le crime d'agression. La Cour pénale internationale ne pourra toutefois exercer sa compétence à son égard avant 2017. Voir la résolution adoptée par la Conférence de révision à ce sujet le 11 juin 2010 : ICC-ASP/RC/Res.6, ICC-ASP OR, 2010, RC-11.

⁴²⁷ Voir, par exemple : Jugement *Popović*, *supra* note 291, aux paragr. 758 et 786 ; Jugement *Tolimir*, *supra* note 110, aux paragr. 700 et 711.

dans les décisions préliminaires récentes de la Cour pénale internationale⁴²⁸. Aucune décision ne s'est toutefois questionnée sur les raisons pour lesquelles il faudrait considérer – ou non – l'élément contextuel des crimes contre l'humanité dans le cadre de la preuve de la responsabilité pénale individuelle. C'est ce que nous ferons dans ce chapitre.

Notre démarche analytique comportera deux étapes. Dans un premier temps, au moyen d'un examen des modes de participation criminelle sanctionnés par les statuts des instances pénales internationales, nous circonscribons les principes sur lesquels se fonde la responsabilité pénale individuelle en droit international (section 1). Cette première étape nous permettra d'établir le degré de participation et de turpitude nécessaire à toute condamnation au regard des règles de droit international pénal. Nous nous intéresserons ensuite à la façon dont la jurisprudence des instances pénales internationales et la doctrine ont considéré l'élément caractéristique du crime de génocide (sa *mens rea*) et celui des crimes de guerre (le lien avec le conflit armé) dans l'établissement de la responsabilité pénale d'un accusé qui n'a pas commis directement l'un de ces crimes (section 2). Cette deuxième étape est nécessaire en ce que ces éléments remplissent la même fonction que l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé en tant que crime contre l'humanité et l'attaque – c'est-à-dire de distinguer les actes sous-jacents du crime auxquels ils se rapportent des crimes équivalents punis en droit interne. Enfin, à la lumière de ce que nous aurons établi, nous verrons dans quelle mesure l'élément contextuel caractéristique des crimes contre l'humanité devrait être pris en compte dans l'analyse de la responsabilité pénale individuelle (section 3).

Section 1 – La responsabilité pénale individuelle en droit international pénal

La responsabilité pénale en droit international repose sur le principe de culpabilité individuelle : une personne ne peut être sanctionnée pénalement qu'à raison de sa propre

⁴²⁸ Voir, par exemple : Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Ntaganda*, *supra* note 189, aux paragr. 67 et 75.

conduite coupable⁴²⁹. Le droit international pénal contemporain punit plusieurs formes de participation criminelle. L'article 7-1 du *Statut du TPIY* et l'article 6-1 du *Statut du TPIR* sanctionnent « [q]uiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter » l'un des crimes visés par ces statuts. L'article 25 du *Statut de Rome* articule quelque peu différemment la responsabilité pénale individuelle. L'article 25-3 tient pénalement responsable celui qui « commet » un crime, « que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable » (article 25-3-a) ; celui qui « ordonne, sollicite ou encourage la commission » d'un crime (article 25-3-b) ; celui qui, « en vue de faciliter la commission » d'un crime, « apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission » de ce crime (article 25-3-c) ; et celui qui « contribue de toute autre manière à la commission » d'un crime « par un groupe de personnes agissant de concert » (article 25-3-d). Par ailleurs, le *Statut du TPIY*, le *Statut du TPIR* et le *Statut de Rome* prévoient tous trois qu'un supérieur hiérarchique peut répondre des crimes commis par ses subordonnés lorsqu'il a omis de prévenir ou de punir ces crimes (article 7-3 du *Statut du TPIY*, article 6-3 du *Statut du TPIR* et article 28 du *Statut de Rome*).

La catégorisation de ces modes fait débat. Pour les fins de ce mémoire, nous regrouperons les modes de participation en fonction de la façon dont ils permettent de lier l'accusé au crime⁴³⁰ : d'une part, les modes qui sanctionnent l'accusé à titre d'auteur principal du crime – c'est-à-dire, ces modes qui imputent à l'accusé le crime comme s'il l'avait commis lui-même (sous-section 1.1) ; et, d'autre part, les modes qui couvrent tout acte qui a eu un effet important sur la commission du crime et qui punissent, de ce fait, l'accusé comme un auteur secondaire de ce crime (sous-section 1.2). Enfin, nous verrons dans quelle mesure le supérieur hiérarchique qui omet de prévenir ou de punir un crime peut voir sa responsabilité pénale engagée (sous-section 1.3).

⁴²⁹ Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. 1, *supra* note 4, à la p. 93, citant la p. 469 du Jugement de Nümburg, vol. 22, *supra* note 5.

⁴³⁰ Voir, à ce sujet : Gerhard Werle, « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute » (2007) 5 J Int'l Crim Just 953, à la p. 955. Voir également : Jugement *Kordić*, *supra* note 89, au paragr. 373.

Dans la mesure où il ne s'agit pas du cœur de la problématique autour de laquelle s'articule notre mémoire, l'analyse qui suit n'a pas l'ambition d'établir l'état du droit international coutumier sur la responsabilité pénale individuelle. Nous ne chercherons donc pas à comparer entre elles les différentes conceptions de droit pénal interne – ce qui déborderait du cadre de ce mémoire. Pour répondre à la question de savoir si l'élément contextuel des crimes contre l'humanité doit être pris en compte dans l'établissement de la responsabilité pénale individuelle, une simple mise en lumière des éléments constitutifs des différents modes de participation criminelle tels qu'ils sont aujourd'hui appliqués par les instances pénales internationales sera nécessaire.

1.1 La participation à titre d'auteur principal : deux théories

Le droit international pénal permet d'imputer à certaines personnes – dont le rôle aurait pu être considéré comme secondaire – l'exécution d'un crime commis par d'autres comme si elles y avaient pris part personnellement. Dans cette sous-section, nous verrons dans quelles circonstances il peut en être ainsi. Nous nous pencherons tout d'abord sur la participation à une entreprise criminelle commune, telle que l'envisagent les tribunaux *ad hoc* (paragraphe 1.1.1), puis ensuite sur les différentes façons de « commettre » un crime au sens du *Statut de Rome* de la Cour pénale internationale (paragraphe 1.1.2).

1.1.1 Les tribunaux *ad hoc* et l'entreprise criminelle commune : l'adhésion à un plan criminel comme fondement de la sanction pénale

La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* a interprété l'expression « commis » apparaissant à aux articles 7 du *Statut du TPIY* et 6 du *Statut du TPIR* comme visant non seulement la commission directe d'un crime, mais également la participation à une entreprise criminelle

commune ayant pour but la réalisation d'un crime⁴³¹. Trois « formes » de participation sont envisagées.

Pour que la responsabilité d'une personne soit engagée au titre de la première forme, il doit être établi que cette personne a contribué, avec d'autres, à l'exécution d'un plan commun impliquant la réalisation d'un crime⁴³². La personne doit, en outre, avoir eu l'intention de commettre le crime projeté⁴³³. S'agissant de la contribution, la jurisprudence exige seulement que l'apport ait été « significatif »⁴³⁴ ou « important »⁴³⁵ ; il n'est pas nécessaire de prouver que le crime n'aurait pas été commis sans la participation de l'accusé⁴³⁶. En outre, la contribution n'a pas à impliquer la consommation d'un des éléments matériels du crime visé – elle peut valablement prendre la forme d'une assistance à la réalisation d'un aspect du plan commun⁴³⁷. Enfin, notons qu'il n'est pas requis que l'auteur matériel du crime ait été membre de l'entreprise criminelle commune⁴³⁸. En revanche, il est essentiel d'établir que l'auteur matériel était lié à l'un des membres de l'entreprise criminelle⁴³⁹.

La seconde forme, qui est présentée comme une variante de la première, vise les affaires impliquant des systèmes organisés de mauvais traitements, comme les camps de concentration⁴⁴⁰. Le système organisé remplace, en quelque sorte, le plan commun⁴⁴¹. Pour qu'il soit considéré que l'accusé a « commis » les crimes découlant du système, il doit être établi que celui-ci a participé activement à la mise en œuvre de ce système ; qu'il avait

⁴³¹ Arrêt *Ojdanić* concernant l'entreprise criminelle commune, *supra* note 18, au paragr. 20. Voir aussi : Arrêt *Nahimana*, *supra* note 18, au paragr. 478.

⁴³² Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 227. Notons que le projet n'a pas à avoir été esquissé avant la commission du crime ; il peut valablement se matérialiser de façon inopinée : *ibid*, aux paragr. 220 et 227.

⁴³³ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 228.

⁴³⁴ Arrêt *Krajišnik*, *supra* note 235, aux paragr. 675 et 676.

⁴³⁵ Arrêt *Brđanin*, *supra* note 341, au paragr. 430.

⁴³⁶ Arrêt *Kvočka*, *supra* note 144, au paragr. 98.

⁴³⁷ Arrêt *Stakić*, *supra* note 221, au paragr. 64.

⁴³⁸ Arrêt *Brđanin*, *supra* note 341, au paragr. 410.

⁴³⁹ Arrêt *Brđanin*, *supra* note 341, au paragr. 413.

⁴⁴⁰ Arrêt *Krnojelac*, *supra* note 391, au paragr. 89.

⁴⁴¹ Par exemple, dans l'affaire *Kvočka*, la chambre d'appel du TPIY a estimé que le camp d'Omarska – dans lequel les accusés occupaient différentes fonctions – constituait une entreprise criminelle commune en soi : Arrêt *Kvočka*, *supra* note 144, au paragr. 183, confirmant le jugement de première instance sur ce point (*Le Procureur c. Miroslav Kvočka*, IT-98-30/1-T, Jugement (2 novembre 2001) au paragr. 321 (TPIY, Chambre de première instance I) [Jugement *Kvočka*]).

connaissance de l'objectif du système ; et qu'il avait l'intention d'y apporter une contribution⁴⁴².

La troisième et dernière « forme » consiste en la possibilité de tenir le membre d'une entreprise criminelle commune de première ou deuxième forme responsable d'un crime qui n'était pas prévu au plan commun ou qui débordait du but assigné au système de mauvais traitements⁴⁴³. Pour ce faire, il doit être prouvé que le crime était une conséquence naturelle et prévisible de l'exécution du plan commun⁴⁴⁴ et que l'accusé a pris volontairement le risque que le crime soit commis⁴⁴⁵. Les autres éléments devant être établis pour la première ou la deuxième forme doivent être également démontrés⁴⁴⁶.

Il ressort de ce qui précède que ce n'est pas tant l'importance de la contribution que l'intention de participer au plan criminel commun qui justifie la sanction pénale de celui qui participe à une entreprise criminelle commune. En effet, la participation n'a qu'à être « significative » ou « importante » dans le cas de la forme I et « active » s'agissant de la forme II – la forme III consiste, elle, en la poursuite de la participation à l'entreprise de forme I ou II. Or, comme nous le verrons dans le prochain paragraphe, le *Statut de Rome* exige davantage de l'auteur principal. La raison pour laquelle une personne qui participe à une entreprise criminelle commune voit sa responsabilité pénale engagée tient plutôt à son état d'esprit, caractérisé par l'intention qu'elle partage avec les autres contributeurs que le crime soit commis (forme I), l'intention d'apporter une contribution au système de mauvais traitements (forme II) ou encore par l'insouciance à l'égard du fait qu'un crime non prévu au plan commun pourrait être commis (forme III)⁴⁴⁷. L'adhésion à un plan criminel commun est punie à titre principal et non secondaire car les crimes relevant de la

⁴⁴² Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 203.

⁴⁴³ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 204. Pour l'application de la forme III à une entreprise criminelle de forme II, voir : Arrêt *Kvočka*, *supra* note 144, au paragr. 86.

⁴⁴⁴ Arrêt *Vasiljević*, *supra* note 144, au paragr. 99.

⁴⁴⁵ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 228.

⁴⁴⁶ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, aux paragr. 227 et 228.

⁴⁴⁷ C'est ce qui ressort des propos de la chambre d'appel du TPIY : Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 220, et de façon générale aux paragr. 196 à 219. Voir aussi : Arrêt *Brdanin*, *supra* note 341, au paragr. 431 ; Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga*, *supra* note 142, au paragr. 329 : « L'approche subjective, qui a été retenue dans la jurisprudence du TPIY à travers la notion d'entreprise criminelle commune ou la théorie du but commun, écarte l'importance de la contribution à la commission de l'infraction en tant que critère permettant de distinguer les auteurs principaux d'un crime et les complices, pour mettre l'accent sur l'état d'esprit dans lequel la contribution au crime a été apportée. »

compétence des tribunaux *ad hoc* sont la manifestation d'une conduite criminelle préétablie rendue possible par l'action concertée d'une pluralité d'individus ; envisager autrement le rôle d'un participant à une entreprise criminelle commune minimiserait son degré de responsabilité pénale⁴⁴⁸.

Notons que l'entreprise criminelle n'est pas le seul mode de « commission » sanctionné par la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* qui n'implique pas l'auteur matériel. Selon une théorie développée par la chambre d'appel du TPIR dans les arrêts *Gacumbitsi* et *Seromba*, lorsque les actes d'un accusé participent d'un massacre à caractère génocidaire tout autant que les homicides eux-mêmes, il peut être considéré que l'accusé a « commis » le crime de meurtre en tant que crime de génocide et non pas simplement ordonné ou incité à commettre ce crime⁴⁴⁹. Il en est ainsi, par exemple, de l'individu qui dirige et supervise étroitement le massacre⁴⁵⁰. Ce raisonnement a été appliqué au crime d'extermination en tant que crime contre l'humanité⁴⁵¹, puis récemment étendu au crime d'assassinat comme crime contre l'humanité⁴⁵². Malgré certaines critiques⁴⁵³, l'élargissement de la notion de « commission » préconisé par la chambre d'appel du TPIR n'a pas remis en cause

⁴⁴⁸ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, aux paragr. 191 à 193.

⁴⁴⁹ Arrêt *Gacumbitsi*, *supra* note 152, au paragr. 60.

⁴⁵⁰ Arrêt *Gacumbitsi*, *supra* note 152, aux paragr. 60 et 61.

⁴⁵¹ *Le Procureur c. Athanase Seromba*, ICTR-01-66-A, Arrêt (12 mars 2008) au paragr. 190 (TPIR, Chambre d'appel).

⁴⁵² Dans l'affaire *Lukić*, l'un des deux accusés devait répondre de l'assassinat de cinq personnes en tant que crime contre l'humanité. La preuve ne permettait pas d'établir hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait lui-même tué toutes ces personnes – la preuve n'était concluante que pour une seule victime. La chambre de première instance a contourné ce qui lui semblait être un problème en concluant que la présence de l'accusé sur les lieux des crimes et les directives qu'il a données à cette occasion aux autres soldats présents équivalaient à « commettre » le crime d'assassinat en tant que crime contre l'humanité à l'encontre de toutes les victimes : Jugement *Lukić*, *supra* note 10, au paragr. 908. La chambre d'appel n'a pas infirmé la conclusion de la chambre de première instance, mais a estimé qu'il n'était pas nécessaire de s'appuyer sur la jurisprudence *Gacumbitsi/Seromba* pour arriver au même résultat. Reprenant le raisonnement d'un arrêt qu'elle a rendu dans une autre affaire, la chambre d'appel a souligné que l'accusé avait participé à l'élément matériel du crime d'assassinat, ce qui suffisait à conclure qu'il avait « commis » ce crime : Arrêt *Lukić*, *supra* note 299, au paragr. 162, citant l'arrêt *Limaj*, *supra* note 110, aux paragr. 47 à 50.

⁴⁵³ Voir, par exemple, l'opinion partiellement dissidente du juge Güney à l'arrêt *Gacumbitsi* : « La majorité a conclu qu'aucune des formes de responsabilité visées à l'article 6.1 ne rend compte comme il se doit' de l'acte posé par l'appelant en ordonnant aux réfugiés tutsis de se séparer de leurs camarades d'infortune hutus à Nyarubuye. À cet égard, je tiens à souligner qu'en agissant ainsi, l'appelant a assurément contribué à la commission d'actes de génocide, tels que perpétrés par d'autres personnes, et qu'autrement dit, il a participé à une entreprise criminelle commune. Il ressort de ce qui précède que l'élargissement du sens de la notion de 'commission' avancé par la Chambre d'appel, n'est pas nécessaire : la même analyse aurait pu se faire au travers du prisme de l'entreprise criminelle commune. » (*Sylvestre Gacumbitsi c. Le Procureur*, ICTR-01-64-A, Opinion partiellement dissidente du juge Güney, en annexe à l'arrêt (7 juillet 2006) au paragr. 7 (TPIR, Chambre d'appel).

l'application de la théorie de l'entreprise criminelle commune au crime de génocide et au crime d'extermination⁴⁵⁴.

1.1.2 La Cour pénale internationale et la coaction, la commission indirecte et la coaction indirecte : une contribution essentielle au crime comme assise à la culpabilité

L'entreprise criminelle commune telle que définie par la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* ne trouve pas application à la Cour pénale internationale⁴⁵⁵. Le *Statut de Rome* n'en punit pas moins des formes de participation criminelle qui étendent, elles aussi, la notion d'auteur principal à d'autres acteurs que l'auteur matériel⁴⁵⁶.

Aux termes de l'article 25-3-a du *Statut de Rome*, toute personne qui participe à la réalisation d'un crime conjointement avec une autre est réputée avoir « commis » ce crime. Ce mode de participation, désigné par le vocable de « coaction », nécessite la preuve de la contribution de l'accusé à la réalisation d'un plan conclu avec une ou plusieurs personnes⁴⁵⁷ et pas nécessairement au crime⁴⁵⁸. À l'instar de l'entreprise criminelle commune, la contribution de l'accusé n'a pas à être une condition *sine qua non* de la commission du crime : c'est la somme des contributions qui doit permettre la commission du crime et non chaque contribution considérée isolément⁴⁵⁹. En revanche, alors que la participation de l'accusé à l'entreprise criminelle commune n'a qu'à être « significative » ou « importante », l'apport du coauteur au plan commun doit être « essentiel »⁴⁶⁰. Par ailleurs,

⁴⁵⁴ Voir, par exemple, les conclusions relatives à la responsabilité pénale de Vujadin Popović pour le crime de génocide : Jugement *Popović*, *supra* note 291, aux paragr. 1164 à 1168 et 1175 à 1181.

⁴⁵⁵ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga*, *supra* note 142, aux paragr. 329 et 334 à 338. Nous verrons toutefois au paragraphe 1.2.2 de ce chapitre, *infra*, à partir de la p. 127, que le *Statut de Rome* sanctionne une forme de participation secondaire qui lui est apparentée.

⁴⁵⁶ Jugement *Lubanga*, *supra* note 20, au paragr. 1003.

⁴⁵⁷ Jugement *Lubanga*, *supra* note 20, au paragr. 1006.

⁴⁵⁸ Jugement *Lubanga*, *supra* note 20, au paragr. 1004.

⁴⁵⁹ Jugement *Lubanga*, *supra* note 20, au paragr. 994. Voir également *ibid*, paragr. 1002 à 1005.

⁴⁶⁰ Jugement *Lubanga*, *supra* note 20, aux paragr. 995 à 999. Notons que les éléments de la coaction ont été énoncés pour la première fois dans la décision confirmant les charges portées contre Thomas Lubanga Dyilo, puis repris dans le jugement de première instance rendu dans la même affaire. C'est sur ce jugement que nous fondons notre analyse. Il est à souligner que l'un des juges de première instance a exprimé son désaccord avec l'approche retenue par la chambre préliminaire et qu'ont reprises ses deux autres collègues, notamment en ce qui concerne la contribution « essentielle ». Selon le juge Fulford, déterminer si une contribution a été « essentielle » à la commission d'un crime est un exercice hypothétique : *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford (14 mars 2012) au paragr. 17 (CPI,

contrairement à la première forme d'entreprise criminelle commune, le plan n'a pas à viser précisément la commission d'un crime ; il suffit que sa mise en œuvre présente un risque « suffisant » qu'un crime soit commis dans le cours normal des événements⁴⁶¹. Envisagé ainsi, le plan s'apparente à la troisième forme d'entreprise criminelle commune⁴⁶². Au plan mental, l'accusé doit avoir l'intention de commettre le crime (si le plan visait la commission d'un crime) ou accepter le risque qu'un crime soit commis comme conséquence de la mise en œuvre du plan (si le plan ne prévoyait pas spécifiquement la commission d'un crime)⁴⁶³ et être conscient que sa contribution est essentielle à la mise en œuvre du plan⁴⁶⁴.

L'article 25-3-a du *Statut de Rome* punit également celui qui commet un crime « par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable » – ce mode est appelé « commission indirecte »⁴⁶⁵. Devant la Cour pénale internationale, il semblerait que l'« autre personne » ne peut être un individu seul : dans la mesure où le *Statut de Rome* limite la compétence de la Cour aux crimes les plus sérieux menaçant les intérêts de la communauté internationale⁴⁶⁶, il a été décidé que seuls les cas d'action par l'intermédiaire d'une organisation peuvent être jugés au titre de l'article 25-3-

Chambre de première instance I). Néanmoins, par souci d'équité envers la défense, mais aussi par souci de cohérence, le juge Fulford n'a pas inscrit de dissidence formelle et a accepté la jurisprudence en l'état : *ibid*, au paragr. 2.

⁴⁶¹ Jugement *Lubanga*, *supra* note 20, aux paragr. 985 à 987. L'approche de la chambre de première instance sur cette question se fonde sur le fait que l'article 30 du *Statut de Rome* – qui définit l'élément psychologique nécessaire à toute condamnation pénale – admet que la conscience qu'une conséquence surviendra dans le cours normal des événements peut suffire pour engager la responsabilité pénale. La chambre souligne toutefois que le risque doit être celui qu'une conséquence *surviendra* et non pas *peut survenir* : *ibid*, paragr. 1011 et 1012.

⁴⁶² Pour tenir une personne pénalement responsable au titre de la forme III d'entreprise criminelle commune, il doit être prouvé que le crime était une conséquence naturelle et prévisible de l'exécution du plan commun : voir *supra*, chapitre III, paragraphe 1.1.1, à la p. 116. Sur la parenté entre les deux doctrines, voir : Thomas R. Liefländer, « The *Lubanga* Judgement of the ICC : More than just the First Step ? » (2012) 1 *Camb J Int'l & Comp L* 191, aux p. 206-208.

⁴⁶³ Sur la notion de prise de risque dans le contexte du *Statut de Rome*, voir notre discussion à ce sujet : *supra*, chapitre II, paragraphe 2.2.1, à la p. 101.

⁴⁶⁴ Jugement *Lubanga*, *supra* note 20, aux paragr. 1007 à 1013.

⁴⁶⁵ Nous avons rapproché ce mode de participation de certains modes punis en droit interne : voir *supra*, chapitre ICI, à partir de la p. 78.

⁴⁶⁶ Préambule du *Statut de Rome* : « Les États Parties au présent Statut, [...] affirmant que les *crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale* ne sauraient rester impunis [...], sont convenus de ce qui suit : [...] » et article 5-1 : « La compétence de la Cour est limitée aux *crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale* [...] » (italique ajouté).

a⁴⁶⁷. Ainsi, il sera considéré qu'un individu a commis « indirectement » l'un des crimes prévus au *Statut de Rome* s'il en a ordonné la commission aux membres d'une organisation dont il avait le contrôle⁴⁶⁸. L'organisation doit être hiérarchisée et organisée de telle manière que tout ordre donné par la personne la dirigeant sera respecté⁴⁶⁹. Selon la chambre préliminaire saisie de l'affaire *Katanga*, l'individu qui a ordonné aux membres d'une organisation de commettre des crimes engage sa responsabilité pénale à titre d'auteur principal, et non à titre d'auteur secondaire, en raison du fait qu'il exerçait un contrôle sur la volonté des auteurs matériels :

La capacité du chef de s'assurer de cette obéissance automatique à ses ordres est à la base de sa responsabilité en tant qu'auteur principal — plutôt que de complice. La plus haute autorité d'une organisation n'ordonne pas simplement la commission d'un crime mais, en vertu du contrôle qu'elle exerce sur cette organisation, décide fondamentalement si l'infraction sera commise et comment elle le sera.⁴⁷⁰

Nous déduisons des propos de la chambre préliminaire que l'ordre donné par l'accusé sera nécessairement « essentiel » à la commission des crimes. Il se dégage d'ailleurs de la décision autorisant la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Abdullah Al-Senussi— le seul individu dont la responsabilité pénale a été mise en cause au titre de la commission indirecte — que ce sont les ordres que ce dernier a donnés aux forces armées sous son commandement qui ont constitué le véritable déclencheur des crimes ultimement commis⁴⁷¹. Au plan mental, l'intéressé doit satisfaire aux éléments mentaux du crime commis et connaître les circonstances de fait qui lui permettent d'exercer un contrôle sur la commission du crime par l'intermédiaire de l'organisation⁴⁷².

⁴⁶⁷ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*, *supra* note 8, au paragr. 501. Voir, plus généralement : *ibid*, paragr. 500 à 510.

⁴⁶⁸ La seule décision préliminaire qui a examiné la responsabilité pénale d'un suspect au travers du prisme de la commission indirecte n'a pas précisé la nature de l'acte que doit poser le suspect ou l'accusé pour engager sa responsabilité à ce titre. Il ressort néanmoins de l'économie de la décision que l'acte doit être un ordre : Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Kadhafi*, *supra* note 126 au paragr. 87.

⁴⁶⁹ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*, *supra* note 8, aux paragr. 511 à 518.

⁴⁷⁰ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*, *supra* note 8, au paragr. 518. Voir également *ibid*, paragr. 495 à 499.

⁴⁷¹ Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Kadhafi*, *supra* note 126, aux paragr. 87 et 89.

⁴⁷² Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Kadhafi*, *supra* note 126, au paragr. 69.

La jurisprudence de la Cour pénale internationale a créé un mode de participation hybride qui emprunte à la fois à la coaction et à la commission indirecte : la coaction indirecte. Ce troisième mode envisage les situations où les dirigeants de deux organisations collaborent ensemble pour mettre en œuvre un plan commun ; chacun pourra être tenu responsable des crimes commis par l'autre organisation :

La Chambre conclut qu'il n'est pas fondé en droit de limiter la commission conjointe d'un crime aux seules situations dans lesquelles les auteurs exécutent une partie du crime en exerçant sur celui-ci un contrôle direct. En effet, de la conjugaison de la responsabilité individuelle, liée à la commission de crimes par l'intermédiaire d'autres personnes, avec l'attribution mutuelle de crimes entre les coauteurs de haut rang, se dégage une forme de responsabilité qui fournit à la Cour un instrument bien adapté pour évaluer la responsabilité des « hauts dirigeants ».

Un individu qui n'exerce aucun contrôle sur la personne par l'intermédiaire de laquelle le crime serait commis ne saurait être considéré comme ayant commis le crime par l'intermédiaire de cette personne. Toutefois, s'il agit conjointement avec un autre individu — qui contrôle la personne utilisée —, le crime peut lui être attribué en vertu du principe de l'attribution mutuelle. [...]⁴⁷³

Il semblerait que ce soit ce mode qui correspond le mieux aux situations de criminalité portées devant la Cour pénale internationale : la responsabilité de la plupart des suspects ou accusés est analysée sous cet angle⁴⁷⁴. La coaction indirecte combine les éléments matériels et mentaux de la coaction et de la commission indirecte⁴⁷⁵.

⁴⁷³ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*, *supra* note 8, aux paragr. 492 et 493.

⁴⁷⁴ C'est le cas des deux accusés de la situation en République de Côte-d'Ivoire (Laurent Koudou Gbagbo et Simone Gbagbo) ; de trois des quatre individus toujours accusés relativement à la situation en République du Kenya (William Samoei Ruto, Uhuru Muigai Kenyatta et Francis Kirimi Muthaura) ; de deux des six personnes faisant encore l'objet d'une procédure pénale dans la situation au Darfour (Omar Hassan Ahmad Al-Bashir et Abdel Raheem Muhammad Hussein) et d'un des deux suspects de la situation en Libye (Saif Al-Islam Qadhafi). Dans la situation en République démocratique du Congo, six personnes sont sous le coup d'une procédure. Deux d'entre elles, Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, ont subi leur procès sur la base de la coaction indirecte. Le second a été acquitté de toutes les charges portées contre lui (*Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (18 décembre 2012) (CPI, Chambre de première instance II). Dans le cas du premier, les juges ont informé les parties en cours de délibéré qu'ils considéraient la possibilité de requalifier juridiquement certains faits pour les aborder sur le fondement d'un autre mode de participation (en l'occurrence, celui visé par l'article 25-3-d) : *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Décision relative à la

À la lumière de ce qui précède, nous constatons que les stigmates associés à une condamnation à titre d'auteur principal devant la Cour pénale internationale s'expliquent surtout par la nature de la participation de l'accusé à la réalisation du crime – une contribution « essentielle », et ce, quel que soit le mode – mais également par son état d'esprit – à savoir, l'intention que le crime soit commis.

1.2 La participation à titre d'auteur secondaire

Comme nous l'avons expliqué en introduction à cette section, l'auteur secondaire est celui qui, n'ayant pas participé directement à l'exécution du crime, a tout de même contribué à la réalisation de ce crime, sans pour autant s'en voir imputer la responsabilité principale. Les statuts des tribunaux *ad hoc* (paragraphe 1.2.1) et le *Statut de Rome* (paragraphe 1.2.2) punissent une série de comportements à ce titre.

1.2.1 Les tribunaux *ad hoc* et l'auteur secondaire : un effet substantiel sur la commission des crimes

Ainsi que nous l'avons vu en introduction à ce chapitre, les statuts des tribunaux *ad hoc* sanctionnent celui qui planifie, incite, ordonne, ou aide et encourage la commission d'un crime.

La planification, l'incitation à commettre et l'ordre ont certaines caractéristiques en commun. Au plan matériel, la planification exige la preuve que l'accusé a « programmé » le crime⁴⁷⁶. L'incitation à commettre un crime suppose que l'accusé a « provoqué »

mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés (21 novembre 2012) (CPI, Chambre de première instance II). Un troisième individu, Bosco Ntaganda, s'est livré aux autorités de la Cour à la fin du mois de mars 2013 alors qu'il était sous le coup d'un mandat d'arrêt délivré sur la base d'éléments de preuve indiquant que sa responsabilité pénale pourrait être engagée au titre de la coaction indirecte. Il restera à voir si les charges portées contre lui seront confirmées ou non.

⁴⁷⁵ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*, *supra* note 8, au paragr. 494. Pour un récapitulatif de ces éléments, voir : Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Ntaganda*, *supra* note 189, au paragr. 67.

⁴⁷⁶ Arrêt *Kordić*, *supra* note 165, au paragr. 26.

l'auteur matériel à perpétrer le crime⁴⁷⁷. L'ordre s'apparente à l'incitation en ce qu'il s'agit d'une « instruction » donnée à l'auteur matériel de commettre une infraction⁴⁷⁸ ; l'ordre n'est toutefois susceptible d'engager la responsabilité pénale de l'accusé que si celui-ci est en position d'autorité sur l'auteur matériel, quoiqu'il ne soit pas nécessaire d'établir un lien officiel entre les deux⁴⁷⁹. Il est à noter que dans les trois cas, il n'est pas nécessaire de démontrer que le crime n'aurait eu lieu sans l'intervention de l'accusé ; il suffit simplement de prouver que la contribution de l'accusé a « substantiellement » contribué à la survenance du comportement criminel⁴⁸⁰. Au plan mental, celui qui planifie, incite ou ordonne la commission d'un crime doit avoir eu l'intention « directe » d'agir ainsi⁴⁸¹, ou, à tout le moins, avoir eu conscience qu'il y avait une « réelle probabilité » qu'un crime découle de ses actes, ce qui équivaut à accepter le crime⁴⁸². La chambre de première instance du TPIY saisie de l'affaire *Milutinović* a considéré que l'état d'esprit du planificateur, de l'instigateur et du donneur d'ordre équivalait à l'intention que le crime soit commis⁴⁸³.

S'agissant de l'aide et l'encouragement, les actes de l'accusé doivent viser spécifiquement la réalisation d'un crime⁴⁸⁴ et contribuer substantiellement à la commission de ce crime⁴⁸⁵.

⁴⁷⁷ Arrêt *Kordić*, *supra* note 165, au paragr. 27.

⁴⁷⁸ Jugement *Mrkšić*, *supra* note 370, au paragr. 550.

⁴⁷⁹ Arrêt *Kordić*, *supra* note 165, au paragr. 28.

⁴⁸⁰ Dans l'arrêt *Nahimana*, la chambre d'appel du TPIR a noté que la version française de l'arrêt *Kordić* – qui a systématisé les éléments constitutifs de la planification et de l'incitation à commettre – employait l'expression « a été un élément déterminant ». Au motif qu'elle fait foi, la chambre d'appel du TPIR a préféré retenir l'expression utilisée dans la version originale anglaise de l'arrêt *Kordić*, à savoir « *factor substantially contributing to* » : Arrêt *Nahimana*, *supra* note 18, aux paragr. 479 et 480 et aux notes de bas de page 1157 et 1160. Pour l'ordre, voir : *Le Procureur c. Pavle Strugar*, IT-01-42-T, Jugement (31 janvier 2005) au paragr. 332 (TPIY, Chambre de première instance II).

⁴⁸¹ Arrêt *Kordić*, *supra* note 165, au paragr. 29.

⁴⁸² La chambre d'appel du TPIY a retenu ce degré moindre d'intention après avoir observé que les systèmes de *common law* et de droit continental pussent, d'une façon ou d'une autre, la personne qui pose un acte en connaissance de la réelle probabilité qu'un crime soit commis comme conséquence de cet acte : Arrêt *Blaškić*, *supra* note 77, aux paragr. 34 à 42. Dans un arrêt ultérieur, la chambre d'appel a appliqué le raisonnement *Blaškić* à la planification et à l'incitation à commettre : Arrêt *Kordić*, *supra* note 165, aux paragr. 31 et 32.

⁴⁸³ Jugement *Milutinović*, *supra* note 109, vol. I, au paragr. 158.

⁴⁸⁴ *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, IT-04-81-A, Arrêt (28 février 2013) au paragr. 36 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Perišić*]. Dans cet arrêt, la majorité de la chambre d'appel du TPIY a considéré que la visée spécifique a toujours été un élément constitutif de l'aide et l'encouragement : *ibid*, aux paragr. 25-35. Le juge Liu a estimé pour sa part que l'examen des arrêts antérieurs de la chambre d'appel révélait plutôt qu'il en était rien : *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, IT-04-81-A, Partially Dissenting Opinion of Judge Liu (28 février 2013) au paragr. 2 (TPIY, Chambre d'appel) [Opinion dissidente du juge Liu à l'arrêt *Perišić*], alors que la juge Ramarason a argué que la visée spécifique était implicitement prise en compte dans l'élément mental : *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, IT-04-81-A, Opinion séparée du [sic] juge Ramarason sur la question de la visée spécifique dans la complicité par aide et encouragement (28 février 2013) au paragr. 7 (TPIY, Chambre d'appel) [Opinion séparée de la juge Ramarason à l'arrêt *Perišić*].

La première exigence – qui consiste à établir un « *culpable link* » entre l'aide fournie par l'accusé et la commission des crimes⁴⁸⁶ – peut être analysée de façon implicite dans l'examen de l'effet substantiel de la contribution lorsque l'accusé est près de la scène du crime⁴⁸⁷, mais doit être démontrée explicitement lorsque l'accusé en est éloigné⁴⁸⁸. Celui qui aide et encourage l'exécution d'un crime n'a pas à avoir l'intention que le crime soit commis ; il suffit qu'il sache que son apport contribue à la commission d'un crime et qu'il soit conscient de l'intention de l'auteur matériel⁴⁸⁹.

Au vu de ce qui précède, nous remarquons que les quatre modes sanctionnant l'auteur secondaire ne requièrent pas tous le même état d'esprit, mais s'appuient néanmoins sur un même degré de contribution, à savoir l'effet « substantiel » sur la commission du crime. Nous convenons qu'il s'agit d'un niveau plus élevé que ce qui est requis par l'entreprise criminelle commune⁴⁹⁰. L'intention de participer à la mise en œuvre d'un plan criminel commun est toutefois absente de la planification, l'incitation à commettre, l'ordre et l'aide et encouragement⁴⁹¹. Dans la mesure où c'est cette intention qui justifie la plus lourde sanction pénale devant les tribunaux *ad hoc*⁴⁹², celui qui planifie, incite à commettre, ordonne ou aide et encourage la commission d'un crime porte donc une responsabilité moindre, et ce, même s'il doit contribuer substantiellement à la perpétration de ce crime.

⁴⁸⁵ Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au paragr. 229.

⁴⁸⁶ Arrêt *Perišić*, *supra* note 484, au paragr. 37.

⁴⁸⁷ Arrêt *Perišić*, *supra* note 484, au paragr. 38.

⁴⁸⁸ Arrêt *Perišić*, *supra* note 484, aux paragr. 39 et 40.

⁴⁸⁹ Arrêt *Aleksovski*, *supra* note 30, au paragr. 162.

⁴⁹⁰ Rappelons que la participation à une entreprise criminelle commune suppose une contribution *significantive* au plan criminel commun. La chambre d'appel du TPIY a indiqué qu'une contribution *significantive* était moindre qu'une contribution *substantielle*. Voir la version anglaise de l'arrêt *Brđanin*, *supra* note 341, au paragr. 430.

⁴⁹¹ Sur les différences conceptuelles entre l'entreprise criminelle commune et l'aide et l'encouragement, voir : Arrêt *Vasiljević*, *supra* note 144, au paragr. 102. Voir également : Jugement *Kvočka*, *supra* note 441, aux paragr. 284-285 : « En fin de compte, le complice, c'est-à-dire celui qui aide par ses actes à la réalisation du projet criminel ou la facilite, peut devenir coauteur, même sans commettre personnellement les crimes, s'il y participe pendant une longue période ou s'il s'implique plus directement dans les efforts visant à permettre la poursuite de l'entreprise. En partageant l'intention qui préside à l'entreprise criminelle commune, le complice en devient le coauteur. »

⁴⁹² Voir *infra*, note de bas de page 527 de ce mémoire.

1.2.2 La Cour pénale internationale et l'auteur secondaire : des modes inspirés des tribunaux *ad hoc*

S'agissant de l'auteur secondaire, le *Statut de Rome* emploie un langage quelque peu différent de celui des statuts des tribunaux *ad hoc*. Rappelons qu'une personne peut être tenue pénalement responsable à titre d'auteur secondaire si elle ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un crime (article 25-3-b) ; apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à l'exécution du crime (article 25-3-c) ; ou contribue de toute autre manière à la commission du crime par un groupe de personnes agissant de concert (article 25-3-d). Dans la mesure où la vaste majorité des affaires instruites devant la Cour pénale internationale procèdent sur la base des modes de participation sanctionnés par l'article 25-3-a, certains des modes énumérés aux articles 25-3-b à 25-3-d n'ont pas encore été définis par la jurisprudence de la Cour. Nous ne sommes pas sans repères pour autant.

L'article 25-3-b évoque donc l'« ordre », la « sollicitation » et l'« encouragement ». S'appuyant sur la jurisprudence pertinente du TPIY et du TPIR, une chambre préliminaire a estimé que l'« ordre » de commettre un crime requiert la preuve que : l'accusé occupait une position d'autorité sur l'auteur matériel ; qu'il a donné instruction à l'auteur matériel de commettre un crime ; que l'ordre a eu un effet direct sur la commission du crime et que l'accusé était à tout le moins conscient que le crime serait commis dans le cours normal des événements comme conséquence de l'exécution de l'ordre⁴⁹³. S'agissant de la « sollicitation », les éléments constitutifs n'ont pas encore été examinés⁴⁹⁴. Quant à l'« encouragement » (« *induction* ») – qu'il convient de ne pas confondre avec l'encouragement de l'« aide et encouragement » (« *aiding and abetting* »), nous devons nous rabattre sur l'analyse factuelle de la responsabilité pénale d'Ahmad Harun dans la décision portant délivrance d'un mandat d'arrêt à son encontre pour tenter de discerner les

⁴⁹³ Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Mudacumura*, *supra* note 58, au paragr. 63. Cette conscience équivaut, selon nous, à l'intention que le crime se réalise. C'est du moins la position prise par la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* pour le mode de participation équivalent. Voir, à ce sujet, les notes de bas de page 482 et 483 de ce mémoire.

⁴⁹⁴ Une auteure a toutefois rapproché ce mode de l'encouragement (« *inducing* ») : Finnin, *Elements of Accessorial Modes of Liability*, *supra* note 358, à la p. 62.

composantes de ce mode de participation, la chambre préliminaire ne les ayant pas préalablement identifiées. Il ressort de l'analyse de la chambre que l'encouragement (« *induction* ») requiert au minimum la preuve que l'accusé a incité l'auteur matériel à commettre un crime⁴⁹⁵ ; que cette incitation a eu un certain effet sur la commission du crime⁴⁹⁶ ; que l'accusé avait connaissance du crime commis⁴⁹⁷ et qu'il a eu l'intention d'encourager la commission du crime⁴⁹⁸.

L'« aide », le « concours » et l'« assistance » visés par l'article 25-3-c s'apparentent à l'aide et l'encouragement tels que les conçoivent les tribunaux *ad hoc*. L'article 25-3-c se lit ainsi :

3. 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 :

[...]

c) En vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission ;

En cherchant à définir la nature de la contribution qu'une personne doit apporter à la commission d'un crime pour voir sa responsabilité pénale engagée à titre de co-auteur au sens de l'article 25-3-a, la chambre de première instance saisie de l'affaire *Lubanga* a estimé que cette contribution devait être nécessairement plus importante que l'apport requis par l'article 25-3-c, apport qu'elle a décrit de la même façon que les tribunaux *ad hoc* l'ont fait pour l'aide et l'encouragement, soit l'« effet substantiel » :

Article 25(3)(c) establishes the liability of accessories – those who aid, abet or otherwise assist in the commission or attempted commission of the crime.

⁴⁹⁵ *Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun* (« *Ahmad Harun* »), ICC-02/05-01/07, Décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut (27 avril 2007) au paragr. 90 (CPI, Chambre préliminaire I) [Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Harun*].

⁴⁹⁶ Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Harun*, *supra* note 495, au paragr. 91.

⁴⁹⁷ Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Harun*, *supra* note 495, au paragr. 92.

⁴⁹⁸ Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Harun*, *supra* note 495, au paragr. 93.

*In the view of the Majority, principal liability “objectively” requires a greater contribution than accessory liability. If accessories must have had “a substantial effect on the commission of the crime” to be held liable, then co-perpetrators must have had, pursuant to a systematic reading of this provision, more than a substantial effect.*⁴⁹⁹

(soulignement ajouté)

Dans un autre *obiter*, une chambre préliminaire a souligné qu’au contraire de ce qu’a retenu la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*, « l’article 25-3-c du Statut exige que l’intéressé agisse avec le *dessein* de faciliter le crime ; la connaissance ne suffit pas pour déclarer engagée la responsabilité en vertu de cet article »⁵⁰⁰. Nous devons comprendre de ce dernier *obiter* que l’exigence relative à la visée spécifique – dont la chambre d’appel du TPIY a estimé qu’elle était l’un des éléments matériels de l’aide et l’encouragement⁵⁰¹ – relève désormais de l’état d’esprit de l’accusé. En tout état de cause, le niveau d’intention exigé par le *Statut de Rome* est plus élevé que celui retenu par la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*, à savoir la connaissance que l’apport contribue à la commission d’un crime et la conscience de l’intention de l’auteur matériel.

Enfin, l’article 25-3-d prévoit une forme de participation criminelle résiduelle, inconnue des statuts des tribunaux *ad hoc*. Par souci de commodité, nous reproduisons en entier la disposition :

3. 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 :

[...]

⁴⁹⁹ Jugement *Lubanga*, *supra* note 20, au paragr. 997.

⁵⁰⁰ Décision relative à la confirmation des charges dans l’affaire *Mbarushimana*, *supra* note 107, au paragr. 274 (en italique dans l’original). Voir également le paragr. 281.

⁵⁰¹ Rappelons que l’exigence relative à la visée spécifique a été énoncée explicitement pour la première fois dans l’arrêt *Perišić*, rendu en février 2013. Le raisonnement de la chambre d’appel se fondait essentiellement sur le fait que la jurisprudence antérieure a implicitement, mais constamment, considéré cette exigence comme faisant partie des éléments matériels de l’aide et l’encouragement. Une majorité de juges a toutefois reconnu que la visée spécifique relève logiquement de l’état d’esprit de l’accusé : *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, IT-04-81-A, Joint Separate Opinion of Judges Theodor Meron and Carmel Agius (28 février 2013) aux paragr. 1 à 4 (TPIY, Chambre d’appel) ; Opinion dissidente du juge Liu à l’arrêt *Perišić*, *supra* note 484, à la note de bas de page 7 ; Opinion séparée de la juge Ramarosan à l’arrêt *Perišić*, *supra* note 484, au paragr. 7.

d) Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :

- i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou
- ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ;

Certes, cet article reprend une notion-clé de l'entreprise criminelle commune telle que définie par la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*, à savoir la commission d'un crime par un groupe de personnes « agissant de concert »⁵⁰². Cependant, comme nous allons le voir, le mode de participation visé par l'article 25-3-d présente certaines différences d'avec l'entreprise criminelle commune.

La décision-clé sur l'article 25-3-d – celle infirmant les charges portées contre Callixte Mbarushimana⁵⁰³ – a rapproché la notion d'action de concert avec la notion de coaction telle que la conçoit l'article 25-3-a. Ainsi, à l'instar de la coaction, la responsabilité pénale d'une personne ne sera engagée au titre de l'article 25-3-d que s'il est préalablement établi qu'un groupe de personnes partageait un dessein commun comportant un élément de criminalité – sans nécessairement viser spécifiquement la perpétration d'un crime⁵⁰⁴. Il n'est toutefois pas nécessaire sous le régime de l'article 25-3-d que l'accusé ait appartenu au groupe⁵⁰⁵.

⁵⁰² *supra*, paragraphe 1.1.1, aux p. 114 et ss.

⁵⁰³ L'infirmité des charges a été confirmée en appel : *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-OA-4, Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 entitled “Decision on the Confirmation of Charges” (30 mai 2012) (CPI, Chambre d'appel).

⁵⁰⁴ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Mbarushimana*, *supra* note 107, au paragr. 271.

⁵⁰⁵ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Mbarushimana*, *supra* note 107, aux paragr. 272 à 275.

S'agissant de la contribution, la chambre préliminaire a fait remarquer qu'il ne pouvait s'agir de n'importe quelle contribution⁵⁰⁶. De l'avis de la chambre, la contribution doit être au moins « importante », sans toutefois être « essentielle » (comme le requiert la coaction) ou « substantielle » (comme l'exigent l'aide et l'encouragement)⁵⁰⁷. Ce faisant, la chambre préliminaire reprend le niveau de contribution nécessaire pour établir la responsabilité pénale de celui qui participe à une entreprise criminelle commune⁵⁰⁸. En revanche, contrairement à l'entreprise criminelle commune et à la coaction, la contribution doit être nécessairement apportée au crime et non au projet criminel commun⁵⁰⁹.

L'état d'esprit requis est double. Premièrement, il doit être démontré que l'accusé a contribué au dessein du groupe de façon « intentionnelle », c'est-à-dire avec l'intention d'adopter le comportement, d'une part, et avec la conscience que ce comportement contribuerait aux activités du groupe, d'autre part⁵¹⁰. Deuxièmement, dans la mesure où les articles 25-3-d-i et 25-3-d-ii se présentent comme une alternative, il n'est pas nécessaire que l'accusé ait eu l'intention de faciliter le dessein criminel du groupe (comme le prévoit l'article 25-3-d-i) ; la simple connaissance des intentions criminelles du groupe peut suffire (article 25-3-d-ii)⁵¹¹.

L'analyse qui précède montre que, pour l'essentiel, l'auteur secondaire est puni de la même façon devant la Cour pénale internationale que devant les tribunaux *ad hoc* – à la seule différence que le *Statut de Rome* prévoit un mode de participation *sui generis* qui emprunte à la théorie de l'entreprise criminelle commune.

⁵⁰⁶ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Mbarushimana*, *supra* note 107, aux paragr. 276 et 277. La position de la chambre préliminaire prend appui sur l'article 17 du *Statut de Rome*, lequel prévoit que l'« affaire » portée à l'attention de la Cour doit être suffisamment grave. Selon la chambre, cet article a pour conséquence que « [...] non seulement les crimes, mais aussi les *contributions* aux crimes doivent atteindre un degré d'importance suffisant pour relever de la compétence de la Cour » : *ibid*, paragr. 276.

⁵⁰⁷ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Mbarushimana*, *supra* note 107, aux paragr. 272 à 275.

⁵⁰⁸ *supra*, paragraphe 1.1.1, aux p. 114 et ss.

⁵⁰⁹ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Mbarushimana*, *supra* note 107, aux paragr. 282 et 286.

⁵¹⁰ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Mbarushimana*, *supra* note 107, au paragr. 288.

⁵¹¹ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Mbarushimana*, *supra* note 107, au paragr. 289.

1.3 Le supérieur hiérarchique

En marge des modes de participation que nous venons d'examiner, le droit international pénal reconnaît une autre forme de responsabilité, celle du supérieur hiérarchique qui omet de prévenir ou de punir le crime commis par l'un de ses subordonnés⁵¹². La nature de cette forme de responsabilité fait encore débat. Alors que le *Statut de Rome* laisse clairement voir qu'il s'agit d'un mode de participation à l'infraction perpétrée par le subordonné⁵¹³, la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* estime qu'il s'agit, en fait, d'une infraction distincte des crimes commis par les subordonnés⁵¹⁴.

En tout état de cause, les éléments à prouver sont les mêmes sous les deux régimes, à savoir : la commission d'un crime⁵¹⁵ ; l'existence d'une relation de supérieur-subordonné entre l'accusé et l'auteur matériel du crime ; le défaut de l'accusé de prendre les mesures raisonnables et nécessaires pour prévenir ou punir l'exécution du crime ; une certaine

⁵¹² Les supérieurs militaires ne sont pas les seuls à s'exposer à des sanctions pénales pour le défaut d'avoir prévenu ou puni les crimes commis par leurs subordonnés : la responsabilité des supérieurs civils peut également être engagée. Pour le *Statut de Rome*, voir l'article 28-b. Pour les tribunaux *ad hoc*, voir : *Le Procureur c. Zdravko Mucić (affaire du camp Čelebići)*, IT-96-21-A, Arrêt (20 février 2001) aux paragr. 193-197 (TPIY, Chambre d'appel).

⁵¹³ Les articles 28-a et 28-b du *Statut de Rome* prévoient que le supérieur hiérarchique est « pénalement responsable » des crimes commis par des « forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs » (dans le cas du supérieur militaire, au paragraphe a) ou par des « subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs » (dans le cas du supérieur civil, au paragraphe b). Voir également : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*, *supra* note 78, au paragraphe 405 (« La Chambre relève que la forme de responsabilité pénale envisagée à l'article 28 du Statut diffère de celle décrite à l'article 25-3-a en ce que le supérieur hiérarchique peut être tenu responsable du comportement prohibé de ses subordonnés pour avoir manqué à son devoir de prévenir ou réprimer leur comportement illégal ou d'en référer aux autorités compétentes ») (italique ajouté).

⁵¹⁴ *Le Procureur c. Sefer Halilović*, IT-01-48-T, Jugement (16 novembre 2005) au paragr. 54 (TPIY, Chambre de première instance I). Voir également : Arrêt *Krnjelac*, *supra* note 391, au paragr. 171 (« On ne saurait trop souligner que, lorsqu'il est question de responsabilité du supérieur hiérarchique, l'accusé n'est pas mis en cause pour les crimes commis par ses subordonnés mais pour un manquement à l'obligation qu'il avait, en tant que supérieur hiérarchique, d'exercer un contrôle ») ; Jugement *Popović*, *supra* note 291, au paragr. 1034 (« A superior bears responsibility superior bears responsibility under Article 7(3) for failing to discharge a duty required by international law, rather than for participating in the crime ») ; *Le Procureur c. Naser Orić*, IT-03-68-A, Déclaration du juge Shahabuddeen, jointe à l'arrêt (3 juillet 2008) aux paragr. 18-26 (TPIY, Chambre d'appel).

⁵¹⁵ Arrêt *Nahimana*, *supra* note 18, au paragr. 484.

relation de causalité entre l'omission de l'accusé et la commission du crime, lorsque le devoir de prévenir est en cause⁵¹⁶ ; et un état d'esprit s'apparentant à de la négligence⁵¹⁷.

1.4 Conclusion sur la section 1

Ce bref survol des différents modes de participation criminelle sanctionnés par les statuts et la jurisprudence des instances pénales internationales permet de mieux cerner les principes sous-tendant la responsabilité pénale individuelle en droit international. Comme nous l'avons constaté, le spectre des contributions pouvant engager la responsabilité pénale individuelle s'étend de la contribution *importante* ou *significative* au crime (dans le cas de l'entreprise criminelle de forme I, notamment) jusqu'à la contribution *essentielle* (s'agissant de la coaction, par exemple) en passant par la contribution *substantielle* (l'incitation à commettre un crime, entre autres). Au plan mental, si certains modes exigent que l'accusé ait eu l'intention que le crime soit commis, d'autres requièrent un degré moindre d'intention coupable – la simple conscience que l'acte contribue à un crime dans le cas de l'aide et l'encouragement tels qu'envisagés par la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*, par exemple.

⁵¹⁶ Cette exigence est explicite dans le *Statut de Rome*. Voir l'article 28 et les commentaires de la Chambre préliminaire II dans la Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*, *supra* note 78, aux paragr. 420-426. Dans le cas des tribunaux *ad hoc*, voir le jugement *Čelebići*, *supra* note 32, aux paragr. 398-399.

⁵¹⁷ Devant les tribunaux *ad hoc*, la conduite du supérieur qui omet de prévenir ou de punir un crime est engagée s'il « savait ou avait des raisons de savoir » que le subordonné s'apprêtait à commettre ce crime. Dans le cas du *Statut de Rome*, l'article 28 emploie l'expression « savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir » pour les supérieurs militaires et l'expression « savait que [l]es subordonnés commettaient ou allaient commettre [un crime] ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement » pour les supérieurs civils. Nous sommes conscient que la norme prévue par l'article 28 du *Statut de Rome* pour les supérieurs militaires est plus stricte que celle développée dans les statuts des tribunaux *ad hoc*. Pour une discussion critique de la norme de l'article 28 du *Statut de Rome*, voir : Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, *supra* note 21, aux p. 210-213 (arguant, notamment, que la norme « aurait dû savoir » crée une forme de responsabilité « objective »). Dans la Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*, *supra* note 78, la chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale a toutefois jugé que « les critères ou indices élaborés par les tribunaux *ad hoc* pour déterminer s'il est satisfait au critère 'avait des raisons de savoir' peuvent également se révéler utiles au moment d'appliquer la norme 'aurait dû savoir' » : paragr. 434. La chambre préliminaire a par ailleurs estimé que « [l]a norme 'aurait dû savoir' exige que [TRADUCTION] le supérieur ait simplement négligé de se renseigner' sur le comportement illégal de ses subordonnés » : *ibid.*

Section 2 – La prise en compte de la spécificité du crime de génocide et des crimes de guerre dans l’analyse de la responsabilité pénale individuelle

Nous nous intéressons maintenant à la façon dont la jurisprudence des instances pénales internationales a tenu compte de l’élément caractéristique du crime de génocide (sous-section 2.1) et celui des crimes de guerre (sous-section 2.2) dans l’établissement de la responsabilité pénale d’un accusé qui n’a pas commis directement l’un de ces crimes. Même si le crime de génocide et les crimes de guerre visent des comportements différents de ceux sanctionnés au titre des crimes contre l’humanité, leur analyse n’en est pas moins pertinente pour résoudre notre problématique. Comme nous le verrons, la jurisprudence a dégagé des principes généraux qui transcendent les particularités du crime de génocide et des crimes de guerre et qui permettent de faire ressortir les liens entre responsabilité pénale individuelle et élément contextuel.

2.1 Le crime de génocide et la preuve de l’intention génocidaire comme fondement de la responsabilité pénale : une application à géométrie variable

Le crime de génocide est puni par les articles 4 du *Statut du TPIY*, 2 du *Statut du TPIR* et 6 du *Statut de Rome*. Il concerne les actes susceptibles de mettre en péril la survie d’un groupe national, ethnique, racial ou religieux⁵¹⁸. Sont sanctionnés à ce titre le meurtre de membres du groupe, l’atteinte grave à l’intégrité physique ou mentale de membres du groupe, la soumission du groupe à des conditions d’existence devant entraîner sa

⁵¹⁸ Raphaël Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation – Analysis of Government Proposals for Redress*, nouvelle édition, Clark (New Jersey), The Lawbook Exchange, 2005, à la p. 79. Pour les groupes protégés, voir : article II de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 RTNU 277 [*Convention pour la prévention et la répression du génocide*].

destruction physique totale ou partielle, les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe et le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe⁵¹⁹.

La spécificité du crime de génocide tient à sa *mens rea*, laquelle consiste en l'intention de détruire, en tout ou en partie, le groupe national, ethnique, racial ou religieux auquel appartenait la victime, comme tel⁵²⁰ – ce qui n'est pas requis pour les crimes contre l'humanité⁵²¹. Ainsi, non seulement l'acte incriminé doit avoir été perpétré avec l'état d'esprit requis, mais il doit aussi avoir été commis avec l'intention supplémentaire de détruire le groupe. La jurisprudence des instances pénales internationales a notamment employé les expressions « dol spécial » ou « *dolus specialis* »⁵²² et « intention spécifique »⁵²³ pour décrire l'intention requise. Devant les tribunaux *ad hoc*, le crime de génocide n'a pas à être commis dans un contexte particulier. Dans la mesure où il est animé de l'intention caractéristique de ce crime, un individu qui, de sa propre initiative, commet un acte énuméré en dehors de toute campagne génocidaire pourrait en effet être reconnu coupable de génocide – mais il est peu concevable qu'un tel cas de figure se présente⁵²⁴. L'approche retenue du côté de la Cour pénale internationale est différente : les *Éléments des crimes* exigent la preuve que l'acte sous-jacent s'inscrive « dans le cadre d'une série manifeste de comportements analogues dirigés contre [le groupe de la victime], ou pouvait en lui-même produire [la destruction en tout ou en partie du groupe] »⁵²⁵.

⁵¹⁹ La définition du crime de génocide contenue dans les statuts du TPIY, du TPIR et de la Cour pénale internationale reflète, pour l'essentiel, celle adoptée par les États parties aux articles II et III de la *Convention pour la prévention et la répression du génocide*, *supra* note 518.

⁵²⁰ Jugement *Akayesu*, *supra* note 62, au paragr. 498 ; Première décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Bashir*, *supra* note 315, à la note de bas de page 140.

⁵²¹ Sur les nombreuses différences existant entre le crime de génocide et les crimes contre l'humanité, voir de façon générale : David L. Nersessian, « Comparative Approaches to Punishing Hate : The Intersection of Genocide and Crimes against Humanity » (2007) 43 *Stan J Int'l L* 221, plus particulièrement aux p. 246 et ss.

⁵²² Voir, par exemple : Jugement *Akayesu*, *supra* note 62, aux paragr. 498 et 517.

⁵²³ Voir, par exemple : Jugement *Tolimir*, *supra* note 110, au paragr. 744. Dans une autre affaire, la chambre d'appel du TPIY a précisé que cette expression n'avait pas nécessairement le même sens qu'elle pourrait avoir dans une juridiction interne : Arrêt *Jelisić*, *supra* note 43, à la note de bas de page 81. La chambre d'appel a préféré retenir l'expression « intention spécifique » plutôt que celle de « dol spécial » pour éviter que l'intention génocidaire ne souffre de la difficulté de distinguer les différents degrés de dol : *ibid.*, paragr. 50 et 51.

⁵²⁴ Jugement *Jelisić*, *supra* note 89, aux paragr. 100 et 101. Voir aussi : Jugement *Kayishema*, *supra* note 46, au paragr. 94.

⁵²⁵ Voir l'article 6 des *Éléments des crimes* (en particulier, le dernier élément de chaque acte incriminé). Sur la controverse que cette exigence soulève, voir : Première décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt

D'aucuns considèrent le crime de génocide comme le crime des crimes⁵²⁶. Vu les stigmates associés à une condamnation pour génocide⁵²⁷, certains accusés ont prétendu qu'il devait non seulement être établi que l'auteur matériel manifestait l'intention de détruire, en tout ou en partie, le groupe de la victime, mais aussi être prouvé que l'accusé était lui-même animé de cette intention, et ce, quel que soit le mode de participation au titre duquel sa responsabilité pourrait être engagée⁵²⁸. Qu'en est-il ?

Dans la mesure où il est réputé « commettre » le crime de génocide, le participant à une entreprise criminelle de forme I doit nécessairement être animé de l'intention génocidaire⁵²⁹, tout comme celui qui participe à un massacre génocidaire au sens des arrêts *Gacumbitsi* et *Seromba* de la chambre d'appel du TPIR⁵³⁰. Dans des affaires récentes, les tribunaux *ad hoc* ont également exigé que celui qui ordonne ou incite à commettre le crime de génocide, par exemple, partage lui aussi l'intention génocidaire de l'auteur matériel⁵³¹. La question est moins évidente dans le cas des trois modes de participation sanctionnés par les tribunaux *ad hoc* pour lesquels l'accusé n'a pas à avoir partagé l'intention de l'auteur matériel, à savoir :

dans l'affaire *Bashir*, *supra* note 315, aux paragr. 125 à 133. Aborder cette controverse déborderait du cadre de notre mémoire.

⁵²⁶ *Le Procureur c. Omar Serushago*, ICTR-98-39-S, Sentence (5 février 1999) au paragr. 15 (TPIR, Chambre de première instance I).

⁵²⁷ En témoigne le fait que les tribunaux *ad hoc* condamnent généralement ceux qui ont « commis » le crime de génocide par l'intermédiaire d'une entreprise criminelle à une peine d'emprisonnement à vie. Voir, par exemple, le dispositif du jugement *Popović*, *supra* note 291, concernant Vujadin Popović et Ljubiša Beara aux p. 832 et 833. Les autres accusés – qui ont été condamnés à une peine moindre – ont été reconnus coupables d'avoir participé autrement aux crimes de génocide ou, encore, en ont été acquittés. Voir également le dispositif du jugement *Nyiramasuhuko*, *supra* note 76, concernant Pauline Nyiramasuhuko (et le paragr. 6205), Shalom Ntahobali (et le paragr. 6210) et Élie Ndayambaje (et le paragr. 6266).

⁵²⁸ Voir, par exemple : *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-T, Motion for Judgement of Acquittal – Rule 98 Bis (22 août 2003) à la p. 17 (TPIY, Défense de Radoslav Brđanin).

⁵²⁹ Jugement *Brđanin*, *supra* note 115, au paragr. 708.

⁵³⁰ Voir, par exemple : Jugement *Rukundo*, *supra* note 214, aux paragr. 563, 568 et 569. La conclusion de la chambre de première instance a été infirmée par la chambre d'appel au seul motif que le mode de « commission » n'était pas allégué dans l'acte d'accusation : Arrêt *Rukundo*, *supra* note 152, au paragr. 38.

⁵³¹ Pour l'ordre, voir par exemple : Jugement *Nizeyimana*, *supra* note 307, au paragr. 1523. Pour l'incitation à commettre, voir par exemple : Jugement *Nzabonimana*, *supra* note 214, aux paragr. 1717 et 1737.

1. L'entreprise criminelle commune de forme III : celui qui a participé à une entreprise criminelle peut être tenu responsable de crimes qui n'étaient pas prévus au plan initial si ceux-ci en étaient néanmoins la conséquence prévisible⁵³² ;
2. L'aide et l'encouragement : celui qui a aidé et encouragé l'auteur matériel à agir a simplement à savoir que ce dernier a l'intention de commettre un crime⁵³³ ;
3. La responsabilité du supérieur hiérarchique : le supérieur hiérarchique n'a qu'à se montrer négligent.⁵³⁴

Dans une décision interlocutoire rendue dans l'affaire *Brđanin*, la chambre d'appel du TPIY a jugé que celui qui participe à une entreprise criminelle commune peut être tenu pénalement responsable d'un crime de génocide au titre de la forme III même s'il n'a pas partagé l'intention génocidaire de l'auteur matériel. Le raisonnement de la chambre d'appel se fonde essentiellement sur la distinction qu'il doit exister entre la preuve du crime, d'une part, et celle de la participation de l'accusé à ce crime, d'autre part :

Les éléments d'un crime sont les faits que l'Accusation doit prouver pour établir que le comportement de l'auteur constitue bien le crime allégué. Toutefois, les participants autres que l'auteur direct de l'acte criminel peuvent également voir leur responsabilité engagée pour un crime et, dans bien des cas, l'intention requise de l'auteur diffère de celle requise d'autres participants. À l'instar d'autres formes de responsabilité pénale comme celle du supérieur hiérarchique ou du complice, la responsabilité associée à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune n'est pas un élément constitutif d'un crime donné. C'est un mode de responsabilité par lequel un accusé peut être tenu individuellement responsable au pénal sans être l'auteur direct du crime.⁵³⁵

En *obiter*, la chambre d'appel a exprimé l'avis que le même raisonnement s'appliquait à également celui qui aidait et encourageait le crime de même qu'au supérieur

⁵³² *supra*, chapitre III, paragraphe 1.1.1, aux p. 116 et ss.

⁵³³ *supra*, chapitre III, paragraphe 1.2.1, aux p. 123 et ss.

⁵³⁴ *supra*, chapitre III, sous-section 1.3, à la p. 130.

⁵³⁵ *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-A, Décision relative à l'appel interlocutoire (19 mars 2004) au paragr. 5 (TPIY, Chambre d'appel) [Décision relative à l'appel interlocutoire dans l'affaire *Brđanin*].

hiérarchique⁵³⁶. Dans son opinion individuelle jointe à la décision de la chambre d'appel, le juge Shahabuddeen a rejoint la conclusion de ses collègues, mais a estimé qu'il devait en être ainsi non pas en raison de la distinction conceptuelle qui existe entre les modes de participation et la preuve des crimes, mais plutôt parce que la persistance à participer à une entreprise criminelle commune en connaissance du risque que le crime de génocide soit commis équivaut à manifester une intention génocidaire⁵³⁷.

Dans un arrêt ultérieur, la chambre d'appel du TPIY confirmera qu'il n'est pas nécessaire que celui qui aide et encourage la commission du crime de génocide ait partagé l'intention génocidaire qui anime l'auteur matériel ; celui-ci doit simplement en avoir eu connaissance⁵³⁸. Au soutien de son approche, la chambre d'appel fait valoir que de nombreux systèmes juridiques internes, tant de *common law* que de droit continental, envisagent la responsabilité pénale de celui qui aide et encourage la commission du crime de génocide sous cet angle⁵³⁹. Une chambre de première instance du TPIY s'est récemment distancée de cette règle en refusant de condamner un accusé qui a aidé et encouragé la commission du crime de génocide par omission en raison du fait qu'il n'a pas été établi que l'accusé connaissait l'intention génocidaire des auteurs matériels, mais surtout parce que « *there is not a single piece of evidence to show that his omission was accompanied by genocidal intent* »⁵⁴⁰.

S'agissant du supérieur hiérarchique, l'approche est la même : nul besoin de démontrer que le supérieur avait lui-même l'intention de détruire en tout ou en partie le groupe auquel

⁵³⁶ Décision relative à l'appel interlocutoire dans l'affaire *Brđanin*, *supra* note 535, au paragr. 7.

⁵³⁷ *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-A, Opinion individuelle du juge Shahabuddeen, jointe à la Décision relative à l'appel interlocutoire (19 mars 2004) aux paragr. 7 et 8 (TPIY, Chambre d'appel).

⁵³⁸ *Le Procureur c. Radislav Krstić*, IT-98-33-A, Arrêt (19 avril 2004) au paragr. 140 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Krstić*]. Notons que les statuts des tribunaux *ad hoc* punissent également des formes spécifiques de participation au crime de génocide, dont la « complicité » (article 4-3-e du *Statut du TPIY* ; article 2-3-e du *Statut du TPIR*). Pour les fins de ce mémoire, nous nous concentrerons sur les modes de participation applicables à l'ensemble des crimes punis par les statuts des tribunaux *ad hoc*. Nous soulignons au passage que la complicité dans le génocide exige la preuve que l'accusé a agi avec l'intention génocidaire : Arrêt *Krstić*, *supra* note 538, au paragr. 142 ; Arrêt *Semanza*, *supra* note 210, au paragr. 316.

⁵³⁹ Arrêt *Krstić*, *supra* note 538, au paragr. 141.

⁵⁴⁰ Il s'agissait de Ljubomir Borovčanin : Jugement *Popović*, *supra* note 291, aux paragr. 1588 et 1589. Or, dans son exposé du droit applicable à l'aide et l'encouragement, la chambre précisait que l'accusé n'a pas besoin de partager l'intention génocidaire de l'auteur matériel : *ibid*, paragr. 1017. De deux choses l'une : soit la chambre s'est contredite par inadvertance, soit elle a tout simplement conclu par abondance sans pour autant élever le critère applicable.

appartenait les victimes des crimes commis par ses subordonnés⁵⁴¹. Selon l'auteure Marie-Jeanne Sardachti, il semblerait qu'il ne soit même pas nécessaire de prouver que le supérieur hiérarchique avait connaissance de, ou des raisons de connaître, l'intention génocidaire des auteurs matériels ; il suffirait simplement d'établir que le supérieur savait, ou avait des raisons de savoir, que les actes incriminés étaient dirigés contre les membres du groupe⁵⁴². Au soutien de sa position, elle relève que les dispositions des statuts des tribunaux *ad hoc* qui sanctionnent les supérieurs hiérarchiques – tant dans leur version française qu'anglaise – emploient l'expression « actes » :

Le fait que l'un quelconque des *actes* visés aux articles [2 à 5 dans le cas du TPIY et 2 à 4 dans le cas du TPIR] du présent Statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet *acte* ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit *acte* ne soit commis ou en punir les auteurs.⁵⁴³

(italique ajouté)

alors que les dispositions énumérant les modes de participation criminelle se réfèrent aux « crimes » :

⁵⁴¹ *Théoneste Bagosora c. Le Procureur*, ICTR-98-41-A, Arrêt (14 décembre 2011) au paragr. 384 (TPIR, Chambre d'appel).

⁵⁴² Marie-Jeanne Sardachti, « TPIR : La perpétuité annulée en appel pour Ntabakuze, ancien major de l'armée rwandaise » (2012) *Sentinelle, la page hebdomadaire d'informations internationales* (bulletin n° 305), disponible en ligne à :

<http://www.sentinelles-droit-international.fr/bulletins/a2012/20120520_bull_305/bulletin_sentinelle_305.php#213>.

⁵⁴³ Article 7-3 du *Statut du TPIY* et article 6-3 du *Statut du TPIR*.

Quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un *crime* visé aux articles [2 à 5 dans le cas du TPIY et 2 à 4 dans le cas du TPIR] du présent Statut est individuellement responsable dudit *crime*.⁵⁴⁴

(italique ajouté)

Marie-Jeanne Sardachté estime qu'en adoptant deux expressions différentes – l'une ne concernant que l'acte matériel, l'autre englobant à la fois cet acte et l'intention qui l'accompagne – les rédacteurs des statuts des tribunaux *ad hoc* ont nécessairement voulu restreindre la portée de la connaissance du supérieur hiérarchique à l'acte incriminé commis par le subordonné plutôt qu'à l'intention génocidaire qui l'animait.

Du côté de la Cour pénale internationale, le droit sur ces questions n'est pas encore entièrement fixé. À ce jour, un seul individu, le président du Soudan, Omar Al-Bashir, a vu sa responsabilité pénale être mise en cause devant cette instance pour des crimes de génocide, et ce, au titre de la commission indirecte et de la coaction indirecte⁵⁴⁵. Au détour d'une note de bas de page de sa première décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Al-Bashir⁵⁴⁶, la chambre préliminaire a exposé ses vues relativement à la preuve de l'intention génocidaire en évoquant deux cas de figure⁵⁴⁷. Le premier de ces cas de figure vise l'individu qui est poursuivi au titre de la commission indirecte ou de la coaction indirecte (article 25-3-a du *Statut de Rome*) pour avoir planifié la campagne génocidaire. L'Accusation devra établir qu'il avait l'intention de détruire en tout

⁵⁴⁴ Article 7-1 du *Statut du TPIY* et article 6-1 du *Statut du TPIR*.

⁵⁴⁵ *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Deuxième décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt (12 juillet 2010) au paragr. 43 (CPI, Chambre préliminaire I) [Deuxième décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Bashir*]. La chambre n'a pas tranché entre les deux modes de participation.

⁵⁴⁶ La requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Al Bashir a fait l'objet de deux décisions. Dans la première décision, la chambre préliminaire, à la majorité, a refusé d'inclure les chefs relatifs aux crimes de génocide dénoncés par l'Accusation au motif qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables de croire que le gouvernement soudanais avait agi avec une intention génocidaire : Première décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Bashir*, *supra* note 315, au paragr. 206. La chambre d'appel ayant estimé que la chambre préliminaire avait appliqué le mauvais critère d'examen de la preuve à ce stade des procédures, le dossier a été renvoyé à cette chambre préliminaire pour qu'elle statue de nouveau sur les allégations de l'Accusation, ce qui a donné lieu à la deuxième décision. Le droit applicable au crime de génocide est exposé dans la première décision.

⁵⁴⁷ Première décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Bashir*, *supra* note 315, à la note de bas de page 154.

ou en partie le groupe visé par la campagne génocidaire. Le second cas de figure concerne les auteurs matériels et les « commandants de rang intermédiaire » par l'entremise desquels l'auteur indirect ou le coauteur indirect a commis les crimes de génocide. La chambre préliminaire rappelle qu'il n'est pas nécessaire que les auteurs matériels ou les « commandants de rang intermédiaire » soient « pénalement responsables » des crimes imputés à l'auteur indirect ou au coauteur indirect pour que ce dernier voie sa responsabilité pénale engagée⁵⁴⁸. La chambre préliminaire en déduit que les auteurs matériels et les « commandants de rang intermédiaire » n'ont pas à être animés eux-mêmes de l'intention génocidaire pour conclure à la culpabilité de l'auteur indirect ou du coauteur indirect. De l'avis de la chambre préliminaire, l'absence d'intention génocidaire chez les auteurs matériels et les « commandants de rang intermédiaire » n'est toutefois pas un frein à leur poursuite devant la Cour pénale internationale⁵⁴⁹. Ceux-ci pourraient voir leur responsabilité pénale engagée comme auteur secondaire (au sens des articles 25-3-b et d)⁵⁵⁰ ou encore comme supérieur hiérarchique (article 28)⁵⁵¹, lesquels modes ne requièrent, selon la chambre, que la connaissance du caractère génocidaire de la campagne⁵⁵². Les cas de figure décrits par la chambre préliminaire ne sont évidemment pas les seuls qui pourraient se présenter⁵⁵³ et la jurisprudence subséquente – si tant est que la Cour est saisie d'autres

⁵⁴⁸ Rappelons que l'article 25-3-a prévoit ceci : « 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 : a) Elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne *ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable* [...] ». (italique ajouté)

⁵⁴⁹ Il s'agit toutefois d'une hypothèse peu probable dans le cas de l'auteur matériel. Voir la note de bas de page 131.

⁵⁵⁰ La version française de la décision emploie l'expression « complices ». Pour éviter toute confusion, nous préférons utiliser celle d'« auteurs secondaires », plus près de celle retenue dans la version anglaise (« *accessories* »). Par ailleurs, nous ignorons la raison pour laquelle la chambre préliminaire a exclu l'aide et l'encouragement de son analyse.

⁵⁵¹ Même si dans son analyse la chambre préliminaire met l'auteur matériel et le « commandant de rang intermédiaire » sur le même pied, nous estimons que l'auteur matériel qui n'a pas l'intention génocidaire ne pourrait être poursuivi qu'en vertu de l'article 25-3-d. Par définition, un auteur matériel ne peut ordonner, solliciter ou encourager la commission d'un crime (article 25-3-b) ou encore voir sa responsabilité pénale engagée en tant que supérieur hiérarchique (article 28). En revanche, si l'acte qui est incriminé en tant que crime de génocide et qui est posé l'auteur matériel contribue à une campagne génocidaire, nous ne voyons pas pourquoi celui-ci ne pourrait pas être poursuivi au titre de l'article 25-3-d.

⁵⁵² Si cela est vrai pour le mode de participation envisagé par l'article 25-3-d et le supérieur hiérarchique, cela ne nous semble pas exact s'agissant des modes énumérés à l'article 25-3-b (l'ordre, la sollicitation et l'encouragement). Voir notre discussion à ce sujet, *supra*, paragraphe 1.2.2, aux p. 125 et ss.

⁵⁵³ Par exemple, la chambre préliminaire n'évoque pas le cas de la coaction. Comme nous l'avons vu plus haut (*supra*, à partir de la p. 118), la jurisprudence a estimé que l'acceptation du risque qu'un crime soit commis comme conséquence de la mise en œuvre du plan (si le plan ne prévoyait pas spécifiquement la

affaires impliquant des crimes de génocide – permettra de mieux circonscrire l'exigence relative à l'intention génocidaire. Il est toutefois possible de déduire des propos de la chambre préliminaire relativement à l'auteur secondaire et au supérieur hiérarchique que la possession de l'intention génocidaire n'est pas une condition *sine qua non* à une condamnation à ces titres – ce qui s'inscrit dans la lignée des décisions des tribunaux *ad hoc* que nous avons examinées plus haut.

En accord avec son approche, la chambre préliminaire s'est intéressée à l'état d'esprit d'Omar Al-Bashir pour déterminer si la condition relative à l'intention génocidaire était établie⁵⁵⁴.

2.2 Les crimes de guerre et la connaissance du conflit armé comme fondement de la responsabilité pénale : une exigence commune à tous les modes de participation

Comme leur dénomination le laisse entendre, les crimes de guerre sont des comportements qui sont adoptés lors d'un conflit armé et qui contreviennent aux règles régissant le droit relatif aux crimes de guerre. Reprenant les dispositions pertinentes des *Conventions de Genève* et de leurs protocoles additionnels, mais aussi les interdictions posées par le droit international coutumier, les statuts des instances pénales internationales sanctionnent les crimes de guerre à deux titres : les crimes commis dans le cadre d'un conflit armé revêtant un caractère international, d'une part⁵⁵⁵, et ceux commis à l'occasion d'un conflit armé interne, d'autre part⁵⁵⁶. À l'image des crimes contre l'humanité, les crimes de guerre

commission d'un crime) peut être suffisante pour engager la responsabilité pénale à ce titre. Or, cet état d'esprit est difficilement conciliable avec la nature de l'intention génocidaire.

⁵⁵⁴ Deuxième décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Bashir*, *supra* note 545, aux paragr. 4 et 5.

⁵⁵⁵ Article 2 du *Statut du TPIY* (infractions graves aux *Conventions de Genève*) (« [...] l'article 2 du Statut ne s'applique qu'aux crimes commis dans le contexte de conflits armés internationaux » : Arrêt *Tadić* relatif à la compétence, *supra* note 31, au paragr. 84) ; articles 8-2-a (infractions graves aux *Conventions de Genève*) et b (autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux) du *Statut de Rome*. L'article 3 du *Statut du TPIY* (violations des lois ou coutumes de la guerre) s'applique tant aux situations de conflit armé international qu'à celles de conflit armé interne : Arrêt *Galić*, *supra* note 86, au paragr. 120. Le *Statut du TPIR* ne comporte aucune disposition punissant les crimes commis lors d'un conflit armé international.

⁵⁵⁶ Article 3 du *Statut du TPIY* ; article 4 du *Statut du TPIR* ; article 8-2-c (violations graves de l'article 3 commun aux *Conventions de Genève* en cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international) et e

doivent présenter un certain lien de connexité avec le contexte dans lequel ils ont été commis, en l'occurrence le conflit armé, et ce, qu'il ait été de nature internationale ou interne⁵⁵⁷.

Comme elle l'a fait pour le crime de génocide, la jurisprudence des instances pénales internationales s'est demandée si l'élément caractéristique des crimes de guerre – le lien avec le conflit armé – devait être pris en compte d'une façon ou d'une autre dans la preuve de la responsabilité pénale individuelle. La question a été abordée pour la première fois dans l'affaire *Naletilić*, qui était instruite devant le TPIY.

Au procès, les deux accusés devaient répondre d'une série de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. En appel, ils ont soutenu qu'en ce qui concerne les infractions graves aux *Conventions de Genève* – lesquelles doivent être nécessairement commises lors d'un conflit armé international⁵⁵⁸, la chambre de première instance avait erré en ne s'interrogeant pas sur leur propre connaissance du caractère international du conflit armé⁵⁵⁹.

À titre liminaire, la chambre d'appel souligne que la connaissance des circonstances de fait rendant un comportement criminel est un élément essentiel de la responsabilité pénale individuelle :

[D]éclarer [un accusé] coupable sans établir qu'il avait connaissance des éléments faisant de ses actes un crime revient à le priver de la présomption d'innocence à laquelle il a droit. Il est évident que l'élément moral nécessaire varie selon le crime commis et le mode de participation. Le principe de base reste toutefois le même : pour qu'un comportement engage la responsabilité pénale de son auteur, il faut que celui-ci ait pu a priori déterminer, sur la base des informations dont il disposait, que le comportement en question était criminel. Pour qu'un accusé soit reconnu

(autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international).

⁵⁵⁷ Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au paragr. 58. Voir également l'article 8 des *Éléments des crimes* (en particulier, le dernier élément de chaque acte incriminé).

⁵⁵⁸ *supra*, note de bas de page 555 de ce mémoire.

⁵⁵⁹ Compte-rendu d'audience en français (17 octobre 2005), p.177-179, disponible en ligne à : <http://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/trans/fr/051017FE.htm>. Voir également : *Le Procureur c. Mladen Naletilić*, IT-98-34-A, Mladen Naletilić's Revised Appeal Brief (6 octobre 2005) au paragr. 275 (TPIY, Défense de Mladen Naletilić) ; *Le Procureur c. Mladen Naletilić*, IT-98-34-A, Appeal Brief of Mr. Vinko Martinović (23 mai 2005) aux paragr. 8 et 9 (TPIY, Défense de Vinko Martinović).

coupable d'un crime, il doit à tout le moins avoir eu connaissance des faits qui rendaient son comportement criminel.⁵⁶⁰

La chambre d'appel constate ensuite que la condition relative à l'existence d'un conflit armé de nature internationale est un élément constitutif des infractions graves aux *Conventions de Genève* et non pas seulement une condition préalable à l'exercice de la compétence du tribunal⁵⁶¹. La chambre d'appel en conclut que « le principe de culpabilité individuelle exige de l'Accusation qu'elle établisse que l'*accusé* avait connaissance des éléments de fait établissant le caractère international du conflit armé »⁵⁶². La chambre d'appel estime que la chambre de première instance a commis une erreur en ne se prononçant pas sur la question, mais relève néanmoins que les deux accusés étaient conscients du fait que le conflit armé était de nature internationale⁵⁶³.

Il n'est pas évident de déterminer la portée de l'arrêt *Naletilić*. Les accusés ayant participé de différentes façons à la commission des crimes – parfois comme auteurs matériels, parfois pour avoir omis de se décharger de leurs obligations en tant que supérieurs hiérarchiques⁵⁶⁴ – on ne sait guère si l'exigence développée par la chambre d'appel a vocation à s'appliquer à l'auteur matériel seulement ou à tout accusé, sans égard au rôle qu'il a joué dans la commission de l'infraction.

La réponse a été apportée indirectement par la chambre de première instance II du TPIY saisie de l'affaire *Boškoski*. Dans cette affaire, il était reproché à l'ancien ministre de l'Intérieur de la Macédoine, Ljube Boškoski, et à un officier de ce ministère, Johan Tarčulovski, d'avoir participé à différents crimes de guerre commis en 2001 dans le village

⁵⁶⁰ Arrêt *Naletilić*, *supra* note 344, au paragr. 114.

⁵⁶¹ À cet égard, la chambre fait observer que l'exigence que la victime d'une infraction grave soit une personne « protégée » au sens des *Conventions de Genève* trouvait son fondement dans le caractère international du conflit armé : Arrêt *Naletilić*, *supra* note 344, aux paragr. 115-117 et la note de bas de page 258.

⁵⁶² Arrêt *Naletilić*, *supra* note 344, au paragr. 121 (italique ajouté).

⁵⁶³ Arrêt *Naletilić*, *supra* note 344, au paragr. 122.

⁵⁶⁴ Voir, par exemple, les paragraphes 333 (responsabilité de Mladen Naletilić en tant que supérieur hiérarchique pour le crime de travail illégal ; non infirmé en appel) et 366-368 et 453 (responsabilité de Mladen Naletilić pour avoir torturé lui-même à de nombreuses reprises des détenus des forces armées croates de Bosnie ; non infirmé en appel) du jugement *Naletilić*, *supra* note 222.

de Ljuboten, en Macédoine⁵⁶⁵. Aucun des deux n'était accusé d'avoir perpétré directement les crimes : Ljube Boškoski devait répondre des événements en sa qualité de supérieur hiérarchique alors que Johan Tarčulovski était accusé d'avoir « commis » les crimes au moyen d'une entreprise criminelle commune⁵⁶⁶. Au procès, Ljube Boškoski a argué qu'il ne savait pas qu'un conflit armé existait à l'époque des faits et qu'il ne pouvait donc avoir eu l'état d'esprit requis pour engager sa responsabilité pénale⁵⁶⁷. Il convient de souligner qu'au contraire de l'affaire *Naletilić*, le conflit armé en cause dans le dossier *Boškoski* n'était pas de caractère international. À la question de savoir si l'arrêt *Naletilić* valait pour un accusé qui n'a pas pris part directement à la commission d'un crime s'ajoutait donc celle de savoir si cet arrêt visait tous les crimes de guerre, sans égard à la nature du conflit armé. La chambre de première instance a apporté une réponse positive à ces deux questions en concluant ainsi :

[E]n raison de leurs fonctions officielles et de leur participation aux événements, les Accusés avaient connaissance ou avaient des raisons de connaître les circonstances factuelles établissant l'existence d'un conflit armé en ex-République yougoslave de Macédoine en 2001.⁵⁶⁸

Ainsi, l'exigence énoncée dans l'arrêt *Naletilić* s'applique à tout accusé, quel que soit le rôle qu'il a joué, et à tout crime de guerre, quelle que soit la nature du conflit armé. Cette portion du jugement *Boškoski* n'a pas été portée en appel.

La même approche semble avoir été retenue du côté de la Cour pénale internationale. L'affaire *Lubanga* impliquait un individu accusé d'avoir été co-auteur du crime de guerre d'enrôlement et de conscription d'enfants de moins de 15 ans⁵⁶⁹. Tant la chambre préliminaire⁵⁷⁰ que la chambre de première instance⁵⁷¹ ont appliqué l'exigence relative à la

⁵⁶⁵ *Le Procureur c. Ljube Boškoski*, IT-04-82-T, Jugement (10 juillet 2008) aux paragr. 1 et 2 (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Boškoski*].

⁵⁶⁶ Jugement *Boškoski*, *supra* note 565, aux paragr. 3 et 4.

⁵⁶⁷ Jugement *Boškoski*, *supra* note 565, au paragr. 295.

⁵⁶⁸ Jugement *Boškoski*, *supra* note 565, au paragr. 295.

⁵⁶⁹ Voir les charges retenues à l'issue de la procédure de confirmation : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga*, *supra* note 142, à la p. 133.

⁵⁷⁰ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga*, *supra* note 142, aux paragr. 360, 406 et 407. La chambre préliminaire semble avoir interprété l'expression « auteur » employée par les

connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé à l'accusé. Dans la décision statuant sur la requête pour la délivrance d'un mandat d'arrêt contre Sylvestre Mudacumura, la chambre préliminaire II s'est intéressée à la connaissance qu'avait le suspect du conflit armé avant de déterminer s'il y avait des motifs raisonnables de croire que ce suspect avait « ordonné » la commission de certains crimes de guerre au sens de l'article 25-3-b du *Statut de Rome*⁵⁷².

Ainsi, que ce soit devant les tribunaux *ad hoc* ou la Cour pénale internationale, un accusé ne verra sa responsabilité pénale engagée à raison d'un crime de guerre que s'il est établi qu'il était lui-même conscient des circonstances de fait qui auront permis à la chambre de conclure à l'existence d'un conflit armé, et ce, peu importe la façon dont cet accusé a participé au crime. Il est à remarquer que la jurisprudence limite la prise en compte de l'élément caractéristique des crimes de guerre à l'état d'esprit de l'accusé et n'exige pas que les actes de l'accusé eux-mêmes s'attachent au conflit armé.

2.3 Conclusion sur la section 2

Il ressort de l'analyse qui précède que la spécificité du crime de génocide (l'intention de détruire en tout ou en partie le groupe auquel appartient la victime) et celle des crimes de guerre (l'existence d'un lien entre le crime et le conflit armé) ont vocation à se refléter dans l'établissement de la responsabilité pénale individuelle d'un accusé qui n'a pas commis lui-même le crime dont il doit répondre, plus particulièrement dans l'analyse de l'état d'esprit de l'accusé. Pour être tenu responsable d'un crime de génocide ou d'un crime de guerre, un accusé doit manifester l'état d'esprit caractéristique de ces crimes. Le principe souffre de

Éléments des crimes pour désigner la personne qui doit avoir connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé comme comprenant le coauteur.

⁵⁷¹ La chambre de première instance a tout simplement repris le raisonnement de la chambre préliminaire : Jugement *Lubanga*, *supra* note 20, au paragr. 1016.

⁵⁷² Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Mudacumura*, *supra* note 58, au paragr. 67. Il convient de souligner que dans son examen des éléments contextuels des crimes de guerre, la chambre s'est bornée à constater qu'il y avait un conflit armé et n'a pas tâché d'établir si les auteurs matériels desdits crimes de guerre avaient conscience du fait qu'il y avait un conflit armé. Au paragraphe 34 de sa décision, la chambre préliminaire se contente de constater que « *the acts allegedly constituting crimes committed by the FDLR, as analysed below, took place in the context of and were associated with an armed conflict not of an international character* ».

quelques exceptions s'agissant du crime de génocide – l'entreprise criminelle de forme III, l'aide et l'encouragement et la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le cas des tribunaux *ad hoc*, et possiblement certains auteurs secondaires dans le cas de la Cour pénale internationale – mais s'applique uniformément à tous les modes de participation dans le cas des crimes de guerre. L'état d'esprit ne se présente pas non plus sous la même forme : le crime de génocide requiert la preuve d'une *intention* alors que les crimes de guerre n'exigent qu'une *connaissance*. Notons enfin qu'il n'est pas nécessaire que les actes de celui qui est accusé d'un crime de génocide participent eux-mêmes de la destruction du groupe actes de l'accusé, non plus que les actes de celui qui doit répondre d'un crime de guerre soient liés au conflit armé.

Section 3 – La nécessaire prise en compte de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque dans l'analyse de la responsabilité pénale individuelle

Nous abordons maintenant le cœur de ce chapitre. À la lumière des constats que nous avons dégagés dans les deux sections précédentes sur les principes sous-tendant la responsabilité pénale individuelle en droit international, d'une part, et la prise en compte des éléments spécifiques du crime de génocide et des crimes de guerre dans l'établissement de la responsabilité pénale individuelle, d'autre part, nous tâcherons de déterminer dans quelle mesure le comportement d'une personne accusée d'avoir participé à la perpétration d'un crime contre l'humanité autrement qu'en le commettant doit être lié à l'attaque.

À titre liminaire, rappelons que l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque comporte deux volets. Premièrement, il doit être établi que l'acte de l'auteur matériel, de par ses caractéristiques, ses objectifs, sa nature ou ses effets, s'inscrivait objectivement dans le cadre de l'attaque. Deuxièmement, il doit être démontré que l'auteur matériel avait connaissance de ladite attaque et du fait que son acte participait de cette attaque. Nous articulerons notre analyse autour de ces deux aspects, l'aspect matériel tout d'abord (sous-section 3.1) puis l'aspect mental ensuite (sous-section 3.2).

3.1 Un lien matériel entre le comportement de l'accusé et l'attaque

Dans le chapitre I de ce mémoire, nous avons constaté que l'exigence relative au lien entre les actes incriminés en tant que crimes contre l'humanité et l'attaque, d'une part, et celle relative au lien entre les crimes de guerre et le conflit armé, d'autre part, se fondent sur une même logique⁵⁷³. Dans la mesure où la jurisprudence des instances pénales internationales n'est jamais allée jusqu'à exiger que les actes de l'accusé présentent un quelconque lien avec le conflit armé⁵⁷⁴, un raisonnement par analogie devrait nous conduire à conclure que les crimes contre l'humanité ne requièrent pas la preuve que les actes de l'accusé participaient de l'attaque.

Or, nous avons remarqué dans la section 1 de ce chapitre que le niveau minimal de contribution pour engager la responsabilité pénale d'un individu est une contribution « importante » ou « significative »⁵⁷⁵ – à l'exception notable du supérieur hiérarchique⁵⁷⁶. Traduit dans le contexte des crimes contre l'humanité, ce principe signifie qu'un accusé doit au moins contribuer de façon importante ou significative à ce que l'un des actes sanctionnés à ce titre participe d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. Si le crime sous-jacent doit être lié à l'attaque et que les actes de l'accusé doivent être liés au crime sous-jacent, il en découle logiquement que les actes de l'accusé devraient eux-mêmes être liés à l'attaque. Nous nous expliquons mal pourquoi il n'en est pas ainsi avec les crimes de guerre.

Nous estimons donc qu'au regard du niveau minimal de contribution exigé pour une condamnation pénale en droit international, un individu ne peut être reconnu coupable d'un crime contre l'humanité que si ses actes s'inscrivent aussi dans le cadre de l'attaque, et ce, quel que soit le mode de participation sanctionnant sa conduite – à l'exception du supérieur

⁵⁷³ *supra*, chapitre I, paragraphe 2.1.1, aux p. 44 et ss.

⁵⁷⁴ *supra*, chapitre III, sous-section 2.2, à la p. 144.

⁵⁷⁵ *supra*, chapitre III, sous-section 1.4, à la p. 131.

⁵⁷⁶ *supra*, chapitre III, sous-section 1.3, aux p. 130 et ss.

hiérarchique. À nos yeux, l'analyse de ce lien devrait se faire de la même façon que pour le lien entre l'acte incriminé et l'attaque⁵⁷⁷.

Nous convenons que cette preuve ne sera formalité dans la plupart des cas. La criminalité transnationale est toutefois susceptible de soulever certains problèmes à cet égard. Prenons l'exemple d'une milice dont les membres commettent des crimes dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une région de l'État X⁵⁷⁸. Par crainte de représailles, les membres de la milice fuient vers l'État voisin Y et continuent d'y semer la terreur. Même s'ils ne sont plus commis sur le territoire de l'État X, où se déroule l'attaque, les crimes commis contre les citoyens de l'État Y peuvent raisonnablement être considérés comme étant liés à l'attaque, et de ce fait, constituer des crimes contre l'humanité. Pour des raisons de politique interne, le chef de l'État Y décide ne pas arrêter les membres de la milice, lesquels poursuivent leurs activités criminelles. L'omission du chef de l'État Y pourrait constituer une aide et encouragement aux crimes commis sur le territoire de l'État Y, mais est-elle liée pour autant à l'attaque qui a lieu dans l'État voisin X ? Au regard des critères que nous avons énoncés dans le chapitre I, il y a tout lieu de croire que oui. Dans plusieurs affaires, les instances pénales internationales ont établi que l'absence de poursuites pénales pouvait créer un climat d'impunité favorable la commission d'autres crimes⁵⁷⁹. Il pourrait donc être valablement soutenu que l'omission du chef de l'État Y, de par ses effets⁵⁸⁰, a facilité la commission de crimes eux-mêmes liés à l'attaque dans l'État X. Si l'on retient plutôt le critère de la prévisibilité⁵⁸¹, la réponse serait la même : il était prévisible que des crimes liés à l'attaque dans l'État X soient commis en conséquence de l'absence de poursuites par les autorités de l'État Y.

⁵⁷⁷ Voir notre analyse de ce critère : *supra*, chapitre I, section 2, aux p. 40 et ss.

⁵⁷⁸ L'exemple qui suit est librement inspiré des situations de criminalité en Afrique dont la Cour pénale internationale est saisie.

⁵⁷⁹ Voir, par exemple : *Le Procureur c. Jadranko Prlić*, IT-04-74-T, Jugement, vol. 4 (29 mai 2013) au paragr. 933 (TPIY, Chambre de première instance III) [Jugement *Prlić*].

⁵⁸⁰ Il s'agit de l'une des branches du critère : *supra*, chapitre I, paragraphe 2.1.1, aux p. 42 et ss.

⁵⁸¹ *supra*, chapitre I, paragraphe 2.1.1, aux p. 45 et ss.

3.2 Une connaissance de l'attaque et du lien entre l'acte incriminé et l'attaque, d'une part, et le lien entre les actes de l'accusé et l'attaque, d'autre part

L'aspect mental de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque se décline en deux volets : la connaissance de l'attaque, d'une part, et la conscience du fait que l'acte incriminé s'inscrit dans le cadre de l'attaque, d'autre part⁵⁸².

L'approche développée dans l'arrêt *Naletilić* au sujet de la connaissance du conflit armé dans le cas de crimes de guerre s'applique sans l'ombre d'un doute au premier volet. Rappelons que la chambre d'appel du TPIY a estimé dans cet arrêt que le principe de culpabilité individuelle exige que *tout* accusé ait eu connaissance des circonstances de fait qui rendaient son comportement criminel⁵⁸³. Rappelons également que la chambre d'appel a considéré l'élément contextuel des crimes de guerre, le conflit armé, comme étant non seulement une condition d'applicabilité mais également un élément constitutif de ces crimes dont la connaissance est nécessaire pour fonder une déclaration de culpabilité⁵⁸⁴. Dans la mesure où l'« attaque » est un élément constitutif des crimes contre l'humanité⁵⁸⁵, l'exigence développée dans l'arrêt *Naletilić* impliquerait donc que toute personne accusée d'un crime contre l'humanité, et ce, quel que soit son rôle dans la commission du crime, doit connaître les circonstances de fait qui ont amené l'instance pénale internationale à conclure au déroulement d'une attaque généralisée ou systématique⁵⁸⁶.

Le second volet est un peu plus complexe, en ce qu'il présente lui-même deux volets. La connaissance du lien entre le crime et l'attaque concerne au premier chef la connaissance du lien entre l'acte incriminé et le contexte de l'attaque, mais aussi la conscience que les actes de l'accusé s'inscrivent eux-mêmes dans le cadre de l'attaque. Nous traiterons tour à tour ces deux aspects, en commençant par le second.

⁵⁸² *supra*, chapitre II, section 2, aux p. 94 et ss.

⁵⁸³ *supra*, chapitre III, sous-section 2.2, aux p. 141 et ss.

⁵⁸⁴ *supra*, chapitre III, sous-section 2.2, aux p. 141 et ss.

⁵⁸⁵ Dungal, « Victims of Crimes against Humanity », *supra* note 155, à la note de bas de page 168.

⁵⁸⁶ Sur les circonstances factuelles devant être connues de l'accusé, nous renvoyons le lecteur à notre discussion sur ce sujet : *supra*, chapitre II, sous-section 2.1, aux p. 95 et ss.

Dans la sous-section précédente, nous avons conclu qu'un individu ne peut être reconnu coupable d'un crime contre l'humanité que si ses actes se rattachent aussi à l'attaque, et ce, quel que soit le mode de participation sanctionnant sa conduite, à l'exception du supérieur hiérarchique. Nous avons justifié notre position en nous fondant sur le fait que le droit international pénal exige, au minimum, la preuve que les actes d'un individu ont contribué de façon importante à la commission ultérieure du crime. Rappelons que l'arrêt *Naletilić* prescrit que tout accusé doit avoir connaissance des circonstances de fait qui rendent son comportement criminel. Dans la mesure où il peut être considéré c'est l'effet de la contribution sur la commission du crime qui confère aux actes de l'accusé un caractère criminel, nous estimons que l'individu accusé de crimes contre l'humanité doit être conscient que ses propres actes participent de l'attaque dirigée contre la population civile, et ce, quel que soit le mode de participation au titre duquel sa responsabilité pénale est engagée.

L'accusé doit-il être également conscient que l'acte sous-jacent auquel il participe contribue à l'attaque ? Comme nous l'avons vu dans le chapitre II, que ce soit devant les tribunaux *ad hoc* (avec le dol éventuel) ou la Cour pénale internationale (avec la conscience « qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements »), la connaissance du lien entre l'acte incriminé et l'attaque comporte un élément intentionnel⁵⁸⁷. Afin de déterminer les cas où un accusé doit savoir que l'acte criminel auquel il participe présente un lien avec l'attaque, il nous apparaît approprié de nous inspirer de la façon dont la jurisprudence des instances pénales internationales a traité une question similaire – en l'occurrence, la question de l'intention génocidaire⁵⁸⁸. En application des principes dégagés par la jurisprudence à ce sujet, nous estimons que la connaissance du lien entre l'acte incriminé et l'attaque doit être établie pour tous les modes de participation, sauf dans les cas où l'accusé n'a pas à avoir l'intention que le crime auquel il s'associe soit commis, à savoir : lorsque le crime contre l'humanité est imputé à l'accusé au titre de l'entreprise criminelle de forme III (devant les tribunaux *ad hoc* seulement) ; lorsque l'accusé a aidé et encouragé la commission du crime (devant les tribunaux *ad hoc* seulement) ; lorsque l'accusé a contribué de façon importante à un crime commis par un groupe de personnes

⁵⁸⁷ *supra*, chapitre II, paragraphe 2.2.1, aux p. 97 et ss.

⁵⁸⁸ *supra*, chapitre III, sous-section 2.1, à partir de la p. 132.

agissant de concert (devant la Cour pénale internationale seulement) ; ou lorsque l'accusé était le supérieur hiérarchique de l'auteur matériel du crime.

Conclusion

Nous convenons que le regard que ce mémoire porte sur les différents aspects de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé en tant que crime contre l'humanité et le contexte de l'attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile aurait difficilement pu être plus technique. Dans le chapitre liminaire, nous avons expliqué que l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque est ce qui caractérise les crimes contre l'humanité et justifie la sanction de ces crimes par le droit international pénal. Dès lors, il nous semble légitime – voire nécessaire – de s'intéresser aux tenants et aboutissants de cette exigence.

Malgré son importance, l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque souffre d'imprécision. Nous avons constaté dans les deux premiers chapitres de ce mémoire qu'il règne une certaine confusion dans la jurisprudence des instances pénales internationales sur la nature de l'acte qui doit être lié à l'attaque de même que sur l'identité de la personne dont l'état d'esprit est pertinent pour conclure que le crime a été commis en connaissance de l'attaque. Cette confusion s'explique par le fait que les arrêts de principe énonçant pour la première fois l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque ont été rendus dans des affaires qui impliquaient des personnes qui ont commis elles-mêmes les crimes contre l'humanité dont elles devaient répondre. Or, les poursuites intentées aujourd'hui devant les instances pénales internationales visent désormais les personnes présumées porter la plus grande part de responsabilité pour les crimes relevant de la compétence de ces instances.

Nous avons néanmoins pu constater que la jurisprudence offrait certains repères pour définir l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque. Il ressort clairement des statuts des instances pénales internationales que c'est l'acte incriminé en tant que crime contre l'humanité – l'homicide d'une femme, par exemple – qui doit être lié à l'attaque et non la contribution qu'a pu apporter l'accusé qui n'est pas l'auteur matériel de l'acte. Un acte sera considéré comme un crime contre l'humanité s'il est établi, d'une part, que cet acte partageait les caractéristiques de l'attaque, en poursuivait les objectifs, était de la même

nature que les autres actes qui la formaient ou encore en prolongeait les effets, et, d'autre part, que l'auteur matériel a agi en connaissance de l'attaque et en conscience du fait que l'acte qu'il commettait participait de l'attaque. Dans le premier chapitre, nous avons fait valoir que le critère au plan matériel pouvait s'inspirer de celui appliqué par la jurisprudence des instances pénales internationales pour déterminer si un crime de guerre était lié au conflit armé ou encore prendre exemple sur la façon dont les tribunaux *ad hoc* et la Cour pénale internationale établissent le caractère prévisible du crime résultant de la mise en œuvre d'un plan criminel commun. Dans le deuxième chapitre, nous avons conclu, au regard du jugement du TPIY dans l'affaire *Milutinović*, que l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque concernait au premier titre la connaissance de l'auteur matériel, mais qu'il n'était pas nécessaire que celui-ci manifeste un tel état d'esprit pour que son acte soit qualifié de crime contre l'humanité – si un tiers suffisamment lié à l'acte incriminé a conscience de l'attaque et du lien existant entre cet acte et l'attaque, il pourra être conclu qu'un crime contre l'humanité a été commis. Dans ces deux chapitres, nous avons également présenté une méthode d'analyse de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque qui tient compte de l'obligation de motiver suffisamment le jugement, mais aussi de la nature des éléments de preuve présentés devant les instances pénales internationales. Nous avons soutenu qu'il était nécessaire que les chambres de première instance (et les chambres préliminaires dans le cas de la Cour pénale internationale) tracent les contours de l'attaque et exposent avec suffisamment de détails les raisons qui les ont conduites à conclure qu'un acte donné s'inscrivait dans le cadre de l'attaque généralisée ou systématique. À notre avis, une attention particulière doit être accordée lorsque l'Accusation regroupe sous un même chef d'accusation plusieurs incidents à caractère criminel.

Cela étant, nous ne pouvions limiter notre mémoire à la seule analyse de l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque. Au fil de ce mémoire, nous avons évoqué de nombreux exemples de situations – plus particulièrement en ex-Yougoslavie, au Rwanda et dans les différents pays qui sont aujourd'hui sous la loupe de la Cour pénale internationale – où il a été conclu que des crimes contre l'humanité avaient été commis. Il se dégage de ces exemples que les crimes contre l'humanité ne sont pas le fruit d'individus indisciplinés, mais plutôt la résultante d'une action criminelle concertée de hauts dirigeants politiques et

militaires. Ce sont ces individus qui sont généralement inquiétés par la justice pénale internationale. Dans la mesure où la jurisprudence des instances pénales internationales n'examine leur responsabilité qu'après avoir conclu que les actes criminels commis au cours de l'attaque pouvaient être qualifiés de crimes contre l'humanité, nous nous sommes demandé si l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque devait également être considérée à la deuxième étape. Dans le troisième chapitre, nous avons constaté que la responsabilité pénale d'un individu ne peut être engagée au regard du droit international que si cet individu a, au minimum, contribué significativement et sciemment au crime. Nous avons également constaté que la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* et celle de la Cour pénale internationale avaient tenu compte de l'élément caractéristique du crime de génocide et celui des crimes de guerre dans l'analyse de la responsabilité pénale individuelle d'accusés qui n'étaient pas les auteurs matériels de ces crimes. Nous en avons conclu qu'il devrait en être également ainsi avec les crimes contre l'humanité, autant au plan matériel qu'au plan mental – sous réserve de quelques exceptions que nous avons exposées dans le troisième chapitre.

Au nom de la lutte contre l'impunité, d'aucuns pourraient s'interroger sur la pertinence d'examiner en détail une exigence dont il est souvent difficile de contester la réalité. Raisonner ainsi nous semble occulter une dimension du droit international pénal : son caractère *pénal*. La légitimité de la justice pénale internationale se fonde sur les garanties qu'elle offre à toutes les parties⁵⁸⁹. Il nous semble donc primordial de baliser avec le plus de précision possible les règles du droit international pénal, dont celles relatives aux crimes contre l'humanité. Autrement, qui trop embrasse peut mal étreindre.

⁵⁸⁹ Voir, dans cette veine, les propos du greffier du TPIY lors 20^e anniversaire de cette institution, le 27 mai 2013, disponible en ligne à : <<http://www.icty.org/sid/11322>>.

Bibliographie

I. TEXTES

Instruments de droit international

Charter of the International Military Tribunal for the Far East, annexée à la *Special Proclamation – Establishment of an International Military Tribunal for the Far East*, 19 janvier 1946, TIAS 1589 et reproduite à 4 Bevens 20.

Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, 75 RTNU 135.

Convention de Vienne sur le droit des traités, 1155 RTNU 331 (1969).

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, 78 RTNU 277.

Éléments des crimes, ICC-ASP OR, ICC-ASP/1/3, (2002) 108.

Loi n°10 du Conseil de contrôle allié, Punissement des personnes accusées de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité, 20 décembre 1945, Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne, vol. 3.

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, 1125 RTNU 3.

Statut de la Cour internationale de justice, 39 AJIL Supp 215 (1945).

Règlement de la Cour, ICC-BD/01-01-04 (26 mai 2004).

Règlement de procédure et de preuve du TPIR, IT/32/Rev.46 (20 octobre 2011).

Règlement de procédure et de preuve du TPIY, IT/32/Rev.48 (19 novembre 2012).

Résolution 1534 (2004), Doc. NU S/RES/1534 (2004) (26 mars 2004).

Résolution RC/Res.6, ICC-ASP/RC/Res.6, ICC-ASP OR, 2010, RC-11.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 90.

Statut du Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux, annexe 1 à la *Résolution 1966 (2010)*, Doc. NU S/RES/1966 (2010) (22 décembre 2010).

Statut du Tribunal international militaire, annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtime des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, 8 août 1945, 82 RTNU 279.

Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, annexé à la résolution 955 du 8 novembre 1994 du Conseil de sécurité des Nations unies, Doc. NU S/RES/955 (1994).

Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, annexé à la résolution 827 du 25 mai 1993 du Conseil de sécurité des Nations unies, Doc. NU S/RES/827 (1993).

Textes nationaux

Australie. *Criminal Code Act 1995* (Cth).

Colombie. *Ley 599 de 2000*, disponible en ligne :
<http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html>.

II. JURISPRUDENCE

Jugements des tribunaux post-Seconde Guerre mondiale

Tribunal international militaire, *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, vol. 22, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1946.

United States of America c. Josef Altstoetter et al ("Justice Case"), reproduit dans États-Unis d'Amérique, *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. 3, Washington, Government Printing Office, 1951.

Actes de procédure, décisions, jugements et arrêts des instances pénales internationales contemporaines

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Le Procureur c. Zlatko Aleksovski, IT-95-14/1-A, Arrêt (24 mars 2000) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Vidoje Blagojević, IT-02-60-A, Arrêt (9 mai 2007) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Vidoje Blagojević, IT-02-60-T, Jugement (17 janvier 2005) (TPIY, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Tihomir Blaškić, IT-95-14-A, Arrêt (29 juillet 2004) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Tihomir Blaškić, IT-95-14-T, Jugement (3 mars 2000) (TPIY, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Ljube Bošković, IT-04-82-T, Jugement (10 juillet 2008) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Radoslav Brđanin, IT-99-33-A, Arrêt (3 avril 2007) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Radoslav Brđanin, IT-99-36-T, Jugement (1^{er} septembre 2004) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Radoslav Brđanin, IT-99-36-A, Décision relative à l'appel interlocutoire (19 mars 2004) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Radoslav Brđanin, IT-99-36-A, Opinion individuelle du juge Shahabuddeen, jointe à la Décision relative à l'appel interlocutoire (19 mars 2004) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Radoslav Brđanin, IT-99-36-T, Motion for Judgment of Acquittal – Rule 98 Bis (22 août 2003) (TPIY, Défense de Radoslav Brđanin)

Le Procureur c. Radoslav Brđanin, IT-99-36-T, Decision on Form of Further Amended Indictment and Prosecution Application to Amend (26 juin 2001) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Radoslav Brđanin, IT-99-36-T, Décision relative à l'exception préjudicielle soulevée par Momir Talić pour vices de forme de l'acte d'accusation modifié (20 février 2001) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Zejnil Delalić (affaire du camp Čelebići), IT-96-21-A, Arrêt (20 février 2001) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Zejnil Delalić (affaire du camp Čelebići), IT-96-21-T, Jugement (16 novembre 1998) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Vlastimir Đorđević, IT-05-87/1-T, Jugement (23 février 2011) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Stanislav Galić, IT-98-29-A, Arrêt (30 novembre 2006) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Stanislav Galić, IT-98-29-T, Jugement (5 décembre 2003) (TPIY, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Ante Gotovina, IT-06-90-T, Jugement (15 avril 2011) (TPIY, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Ante Gotovina, IT-06-90-T, Gotovina Defence Final Brief (27 juillet 2010) (TPIY, Défense d'Ante Gotovina)

Le Procureur c. Sefer Halilović, IT-01-48-T, Jugement (16 novembre 2005) (TPIY, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Ramush Haradinaj, IT-04-84-A, Arrêt (19 juillet 2010) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Ramush Haradinaj, IT-04-84-T, Jugement (3 avril 2008) (TPIY, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Goran Jelisić, IT-95-10-A, Arrêt (5 juillet 2001) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Goran Jelisić, IT-95-10-T, Jugement (14 décembre 1999) (TPIY, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Radovan Karadžić, IT-95-5/18-PT, Troisième acte d'accusation modifié (21 octobre 2009) (TPIY, Bureau du procureur)

Le Procureur c. Dario Kordić, IT-95-14/2-A, Arrêt (17 décembre 2004) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Dario Kordić, IT-95-14/2-T, Jugement (26 février 2001) (TPIY, Chambre de première instance III)

Le Procureur c. Momčilo Krajišnik, IT-00-39-A, Arrêt (17 mars 2009) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Momčilo Krajišnik, IT-00-39-T, Jugement (27 septembre 2006) (TPIY, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Milorad Krnojelac, IT-97-25-A, Arrêt (17 septembre 2003) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Milorad Krnojelac, IT-97-25-T, Jugement (15 mars 2002) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Milorad Krnojelac, IT-97-25-PT, Décision relative à l'exception préjudicielle pour vices de forme de l'acte d'accusation modifié (11 février 2000) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Milorad Krnojelac, IT-97-25-PT, Decision on the Defence Preliminary Motion on the Form of the Indictment (24 février 1999) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Radislav Krstić, IT-98-33-A, Arrêt (19 avril 2004) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Arrêt (12 juin 2002) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, IT-96-23&96-23/1-T, Jugement (22 février 2001) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Zoran Kupreškić, IT-95-16-A, Arrêt (23 octobre 2001) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Zoran Kupreškić, IT-95-16-T, Jugement (14 janvier 2000) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Miroslav Kvočka, IT-98-30/1-A, Arrêt (28 février 2005) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Miroslav Kvočka, IT-98-30/1-T, Jugement (2 novembre 2001) (TPIY, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Fatmir Limaj, IT-03-66-A, Arrêt (27 septembre 2007) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Fatmir Limaj, IT-03-66-T, Jugement (30 novembre 2005) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Milan Lukić, IT-98-32/1-A, Arrêt (4 décembre 2012) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Milan Lukić, IT-98-32/1-T, Jugement (20 juillet 2009) (TPIY, Chambre de première instance III)

Le Procureur c. Milan Martić, IT-95-11-A, Arrêt (8 octobre 2008) (TPIY, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Milan Martić, IT-95-11-T, Acte d'accusation modifié (9 septembre 2003) (TPIY, Bureau du procureur)

Le Procureur c. Milan Martić, IT-95-11-T, Jugement (12 juin 2007) (TPIY, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Milan Martić, IT-95-11-A, Prosecution's Appeal Brief (25 septembre 2007) (TPIY, Bureau du procureur)

Le Procureur c. Milan Martić, IT-95-11-A, Prosecution's Reply Brief (29 janvier 2008) (TPIY, Bureau du procureur)

Le Procureur c. Milan Martić, IT-95-11-A, Decision on Veselin Šljivančanin's Motion Requesting Simultaneous Adjudication of the *Prosecutor v. Milan Martić* and *Prosecutor v. Mile Mrkšić and Veselin Šljivančanin* Cases (16 avril 2008) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Dragomir Milošević, IT-98-29/1-A, Arrêt (12 novembre 2009) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Dragomir Milošević, IT-98-29/1-T, Jugement (12 décembre 2007) (TPIY, Chambre de première instance III)

Le Procureur c. Milan Milutinović, IT-05-87-T, Jugement (26 février 2009) (TPIY, Chambre de première instance III)

Le Procureur c. Milan Milutinović, IT-05-87-PT, Troisième acte d'accusation modifié unique (21 septembre 2006) (TPIY, Bureau du procureur)

Le Procureur c. Milan Milutinović, IT-99-37-AR72, Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić – entreprise criminelle commune (21 mai 2003) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Ratko Mladić, IT-09-92-PT, Decision Pursuant to Rule 73 bis (D) (2 décembre 2011) (TPIY, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Mile Mrkšić, IT-95-13/1-A, Arrêt (5 mai 2009) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Mile Mrkšić, IT-95-13/1-T, Jugement (27 septembre 2007) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Mile Mrkšić, IT-95-13-R61, Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de preuve et de procédure (3 avril 1996) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Mladen Naletilić, IT-98-34-A, Arrêt (3 mai 2006) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Mladen Naletilić, IT-98-34-A, *Mladen Naletilić's Revised Appeal Brief* (6 octobre 2005) (TPIY, Défense de Mladen Naletilić)

Le Procureur c. Mladen Naletilić, IT-98-34-A, Appeal Brief of Mr. Vinko Martinović (23 mai 2005) (TPIY, Défense de Vinko Martinović)

Le Procureur c. Mladen Naletilić, Compte-rendu d'audience en français (17 octobre 2005), p. 177-179, disponible en ligne à :
<http://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/trans/fr/051017FE.htm> (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Mladen Naletilić, IT-98-34-T, Jugement (31 mars 2003) (TPIY, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Dragan Nikolić, IT-94-2-R61, Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du *Règlement de procédure et de preuve* (20 octobre 1995) (TPIY, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Naser Orić, IT-03-68-A, Déclaration du juge Shahabuddeen – jointe à l'arrêt (3 juillet 2008) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Naser Orić, IT-03-68-T, Jugement (30 juin 2006) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Momčilo Perišić, IT-04-81-A, Arrêt (28 février 2013) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Momčilo Perišić, IT-04-81-A, Joint Seperate Opinion of Judges Theodor Meron and Carmel Agius (28 février 2013) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Momčilo Perišić, IT-04-81-A, Partially Dissenting Opinion of Judge Liu (28 février 2013) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Momčilo Perišić, IT-04-81-A, Opinion séparée du [sic] juge Ramarosan sur la question de la *visée spécifique* dans la complicité par aide et encouragement (28 février 2013) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Momčilo Perišić, IT-04-81-T, Jugement (6 septembre 2011) (TPIY, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Vujadin Popović, IT-05-88-T, Jugement (10 juin 2010) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Jadranko Prlić, IT-04-74-T, Jugement (29 mai 2013) (TPIY, Chambre de première instance III)

Le Procureur c. Nikola Šainović, IT-05-87-A, Final Decision on 'Notice of Withdrawal of Dragoljub Ojdanić's Appeal against the Judgement of Trial Chamber III Dated 26 February 2009' and 'Notice of Withdrawal of Prosecution's Appeal against the Judgement of Trial

Chamber III Dated 26 February 2009 in Relation to the Accused Dragoljub Ojdanić' (31 janvier 2013) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Nikola Šainović, IT-05-87-A, Prosecution Response to General Ojdanic's Amended Appeal Brief (15 janvier 2010) (TPIY, Bureau du procureur)

Le Procureur c. Nikola Šainović, IT-05-87-A, General Pavković's Amended Appeal Brief (30 septembre 2009) (TPIY, Défense de Nebojša Pavković)

Le Procureur c. Vojislav Šešelj, IT-03-67-PT, Décision relative à la demande d'autorisation de déposer un acte d'accusation modifié, présentée par l'Accusation (14 septembre 2007) (TPIY, Chambre de première instance III)

Le Procureur c. Vojislav Šešelj, IT-03-67-AR72.1, Décision relative à l'appel interlocutoire concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (31 août 2004) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Blagoje Simić, IT-95-9-T, Jugement (17 octobre 2003) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Milomir Stakić, IT-97-24-A, Arrêt (22 mars 2006) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Milomir Stakić, IT-97-24-T, Jugement (31 juillet 2003) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Mićo Stanišić, IT-08-91-T, Jugement (27 mars 2013) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Pavle Strugar, IT-01-42-T, Jugement (31 janvier 2005) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Duško Tadić, IT-94-1-A, Arrêt (15 juillet 1999) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Duško Tadić, IT-94-1-T, Jugement (7 mai 1997) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Duško Tadić, IT-94-1-T, Décision sur l'exception préjudicielle de la défense relative à la forme de l'acte d'accusation (14 novembre 1995) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Duško Tadić, IT-94-1-A, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Zdravko Tolimir, IT-05-88/2-T, Jugement (12 décembre 2012) (TPIY, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Mitar Vasiljević, IT-98-32-A, Arrêt (25 février 2004) (TPIY, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Mitar Vasiljević, IT-98-32-T, Jugement (29 novembre 2002) (TPIY, Chambre de première instance II)

Tribunal pénal international pour le Rwanda

Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-A, Arrêt (1^{er} juin 2001) (TPIR, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-A, Jugement (2 septembre 1998) (TPIR, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Ignace Bagilishema, ICTR-95-1A-T, Jugement (7 juin 2001) (TPIR, Chambre de première instance I)

Théoneste Bagosora c. Le Procureur, ICTR-98-41-A, Arrêt (14 décembre 2011) (TPIR, Chambre d'appel)

Sylvestre Gacumbitsi c. Le Procureur, ICTR-01-64-A, Arrêt (7 juillet 2006) (TPIR, Chambre d'appel)

Sylvestre Gacumbitsi c. Le Procureur, ICTR-01-64-A, Opinion partiellement dissidente du juge Güney (7 juillet 2006) (TPIR, Chambre d'appel)

Sylvestre Gacumbitsi c. Le Procureur, ICTR-01-64-A, Mémoire de l'appelant (4 octobre 2004) (TPIR, Défense de Sylvestre Gacumbitsi)

Le Procureur c. Jean-Baptiste Gatete, ICTR-00-61-T, Jugement (31 mars 2011) (TPIR, Chambre de première instance III)

Idelphonse Hategekimana c. Le Procureur, ICTR-00-55B-A, Arrêt (8 mai 2012) (TPIR, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Idelphonse Hategekimana, ICTR-00-55B-T, Jugement (6 décembre 2010) (TPIR, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Juvénal Kajelijeli, ICTR-98-44A-T, Jugement (1^{er} décembre 2003) (TPIR, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Gaspard Kanyarukiga, ICTR-02-78-T, Jugement (1^{er} novembre 2010) (TPIR, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Édouard Karemera, ICTR-98-44-T, Jugement (2 février 2012) (TPIR, Chambre de première instance)

Le Procureur c. Édouard Karemera, ICTR-98-44-AR73(C), Decision on Prosecutor's Interlocutory Appeal of Decision on Judicial Notice (16 juin 2006) (TPIR, Chambre d'appel)

Le Procureur c. François Karera, ICTR-01-74-T, Jugement (7 décembre 2007) (TPIR, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Clément Kayishema, ICTR-95-1-T, Jugement (21 mai 1999) (TPIR, Chambre de première instance II)

Mikaeli Muhimana c. Le Procureur, ICTR-95-1B-A, Arrêt (21 mai 2007) (TPIR, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Mikaeli Muhimana, ICTR-95-1B-T, Jugement (28 avril 2005) (TPIR, Chambre de première instance III)

Le Procureur c. Yussuf Munyakazi, ICTR-97-36A-A, Arrêt (28 septembre 2011) (TPIR, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Yussuf Munyakazi, ICTR-97-36A-T, Jugement (5 juillet 2010) (TPIR, Chambre de première instance I)

Ferdinand Nahimana c. Le Procureur, ICTR-99-52-A, Arrêt (28 novembre 2007) (TPIR, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Augustin Ndindiliyimana, ICTR-00-56-T, Jugement (17 mai 2011) (TPIR, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Grégoire Ndahimana, ICTR-01-68-T, Jugement (30 décembre 2011) (TPIR, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Idélphonse Nizeyimana, ICTR-00-55C-T, Jugement (19 juin 2012) (TPIR, Chambre de première instance III)

Le Procureur c. Hormisdas Nsengimana, ICTR-01-69-T, Jugement (17 novembre 2009) (TPIR, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. André Ntagerura, ICTR-99-46-T, Opinion individuelle et dissidente du juge Pavel Dolenc, en annexe au jugement (25 février 2004) (TPIR, Chambre de première instance III)

Le Procureur c. Elizaphan Ntakirutimana, ICTR-96-10&ICTR-96-17-A, Arrêt (13 décembre 2004) (TPIR, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Elizaphan Ntakirutimana, ICTR-96-10&ICTR-96-17-T, Jugement (21 février 2003) (TPIR, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Pauline Nyiramasuhuko, ICTR-98-42-T, Jugement (24 juin 2011) (TPIR, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Callixte Nzabonimana, ICTR-98-44D-T, Jugement (31 mai 2012) (TPIR, Chambre de première instance III)

Tharcisse Renzaho c. Le Procureur, ICTR-97-31-A, Arrêt (1^{er} avril 2011) (TPIR, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Tharcisse Renzaho, ICTR-97-31-T, Jugement (14 juillet 2009) (TPIR, Chambre de première instance I)

Emmanuel Rukundo c. Le Procureur, ICTR-01-70-A, Arrêt (20 octobre 2010) (TPIR, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Emmanuel Rukundo, ICTR-01-70-T, Jugement (27 février 2009) (TPIR, Chambre de première instance II)

Laurent Semanza c. Le Procureur, ICTR-97-20-A, Arrêt (20 mai 2005) (TPIR, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Laurent Semanza, ICTR-97-20-T, Jugement (15 mai 2003) (TPIR, Chambre de première instance III)

Le Procureur c. Laurent Semanza, ICTR-97-20-I, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice and Presumptions of Facts pursuant to Rules 94 and 54 (3 novembre 2000) (TPIR, Chambre de première instance III)

Le Procureur c. Omar Serushago, ICTR-98-39-S, Sentence (5 février 1999) (TPIR, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Ephrem Setako, ICTR-04-81-T, Jugement (25 février 2010) (TPIR, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Athanase Seromba, ICTR-01-66-A, Arrêt (12 mars 2008) (TPIR, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Aloys Simba, ICTR-01-76-T, Jugement (13 décembre 2005) (TPIR, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Protais Zigiranyirazo, ICTR-01-73-T, Jugement (18 décembre 2008) (TPIR, Chambre de première instance III)

Cour pénale internationale

Situation en République démocratique du Congo

Le Procureur c. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07, Décision relative à la confirmation des charges (30 septembre 2008) (CPI, Chambre préliminaire I)

Le Procureur c. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07, Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés (21 novembre 2012) (CPI, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Décision sur la confirmation des charges (29 janvier 2007) (CPI, Chambre préliminaire I)

Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Jugement (14 mars 2012) (CPI, Chambre de première instance I)

--. Separate Opinion of Judge Adrian Fulford (14 mars 2012) (CPI, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Callixte Mbarushimana (28 septembre 2010) (CPI, Chambre préliminaire I)

Le Procureur c. Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10, Décision relative à la confirmation des charges (16 décembre 2011) (CPI, Chambre préliminaire I)

Le Procureur c. Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-OA-4, Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 entitled "Decision on the Confirmation of Charges" (30 mai 2012) (CPI, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Sylvestre Mudacumura, ICC-01/04-01/12, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58 (13 juillet 2012) (CPI, Chambre préliminaire II)

Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-02/12, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (18 décembre 2012) (CPI, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58 (13 juillet 2012) (CPI, Chambre préliminaire II)

Situation en République centrafricaine

Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du *Statut de Rome*, relativement aux charges

portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo (15 juin 2009) (CPI, Chambre préliminaire II)

Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Décision relative aux exceptions tirées de l'irrecevabilité de l'affaire et de l'abus de procédure (24 juin 2010) (CPI, Chambre de première instance III)

Situation au Darfour (Soudan)

Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 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) (CPI, Chambre préliminaire I)

Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, Deuxième décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt (12 juillet 2010) (CPI, Chambre préliminaire I)

Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun (« Ahmad Harun »), ICC-02/05-01/07, Décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut (27 avril 2007) (CPI, Chambre préliminaire I)

Le Procureur c. Abdel Raheem Muhammad Hussein, ICC-02/05-01/12, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58 Relating to Abdel Raheem Muhammad Hussein (1^{er} mars 2012) (CPI, Chambre préliminaire I)

Situation en République du Kenya

Situation en République du Kenya, ICC-01/09, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome (31 mars 2010) (CPI, Chambre préliminaire II)

--. Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul, en annexe à la Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome (31 mars 2010) (CPI, Chambre préliminaire II)

Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, ICC-01/09-02/11, 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) (CPI, Chambre préliminaire II)

Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, ICC-01/09-02/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute (23 janvier 2012) (CPI, Chambre préliminaire II)

Le Procureur c. William Samoei Ruto, ICC-01/09-01/11, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang (8 mars 2011) (CPI, Chambre préliminaire II)

Le Procureur c. William Samoei Ruto, ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute (23 janvier 2012) (CPI, Chambre préliminaire II)

Le Procureur c. William Samoei Ruto, ICC-01/09-01/11, Decision on the content of the updated document containing the charges (28 décembre 2012) (CPI, Chambre de première instance V)

Situation en Jamahiriya arabe libyenne

Situation en Jamahiriya arabe libyenne, ICC-01/11, Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 du Statut concernant Muammar Mohammed Abu Minya QADHAFI, Saif Al-Islam QADHAFI et Abdullah AL-SENUSSI (27 juin 2011) (CPI, Chambre préliminaire I).

Situation en République de Côte d'Ivoire

Situation en République de Côte d'Ivoire, ICC-02/11, 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) (CPI, Chambre préliminaire III)

Le Procureur c. Laurent Koudou Gbagbo, ICC-02/11-01/11, Décision relative à la demande de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Laurent Koudou Gbagbo, déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 (30 novembre 2011) (CPI, Chambre préliminaire III)

Le Procureur c. Simone Gbagbo, ICC-02/11-01/212, Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a Warrant of Arrest against Simone Gbagbo (2 mars 2012) (CPI, Chambre préliminaire III)

Tribunal spécial pour la Sierra Leone

Le Procureur c. Alex Tamba Brima (affaire « AFRC »), SCSL-04-16-T, Jugement (20 juin 2007) (TSSL, Chambre de première instance II)

Le Procureur c. Moinina Fofana (affaire « CDF »), SCSL-04-14-T, Jugement (2 août 2007) (TSSL, Chambre de première instance I)

Le Procureur c. Issa Hassan Sesay (affaire « RUF »), SCSL-04-15-T, Jugement (2 mars 2009) (TSSL, Chambre de première instance I)

Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens

Affaire Kaing Guek Eav, alias Duch, 001/18-07-2007/ECCC/TC, Jugement (26 juillet 2010) (CETC, Chambre de première instance)

Affaire Nuon Chea, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC38), Decision on the Appeals against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE) (20 mai 2010) (CETC, Chambre préliminaire)

Jurisprudence nationale

Attorney-General of Israel v Eichmann, District Court of Jerusalem, 12 décembre 1961, 36 ILR 5 (traduction anglaise préparée par le ministère de la Justice d'Israël)

III. DOCTRINE ET AUTRES DOCUMENTS

Monographies

Akhavan, Payam. *Reducing Genocide to Law : Definition, Meaning, and the Ultimate Crime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

Ambos, Kai. *Treatise on International Criminal Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

Boas, Gideon, James L. Bischoff et Natalie L. Reid. *International Criminal Law Practitioner Library*, vol. 2, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Cassese, Antonio. *International Criminal Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008.

Cryer, Robert *et al.* *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Desportes, Frédéric et Francis Le Gunehec. *Le nouveau droit pénal*, 3^e éd., Paris, 1996.

Finnin, Sarah. *Elements of Accessorial Modes of Liability: Articles 25(3)(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2012.

Lafontaine, Fannie. *Prosecuting Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes in Canadian Courts*, Toronto, Carswell, 2012.

Lemkin, Raphaël. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation – Analysis of Government Proposals for Redress*, nouvelle édition, Clark (New Jersey), The Lawbook Exchange, 2005.

Mettraux, Guénaël. *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

--. *The Law of Command Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Olásolo, Héctor. *Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Oxford, Hart, 2009.

Pradel, Jean. *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2008.

Safferling, Christoph. *International Criminal Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Schabas, William A. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

United Nations War Crimes Commission. *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, Londres, His Majesty's Stationery Office, 1948.

van Sliedregt, Elies. *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Articles publiés dans des ouvrages collectifs

Ambos, Kai. « Crimes Against Humanity and the ICC » dans Leila Nadya Sadat, dir., *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 279.

Bonomy, Iain. « Principles of Distinction and Protection at the ICTY » dans Forum for International Criminal and Humanitarian Law, dir., *The Occasional Paper Series*, vol. 3, Oslo, Torkel Opsahl Academic Epublishers, 2013.

Cassese, Antonio. « Crimes against Humanity » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R.W.D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2002, 353.

deGuzman, Margaret M. « Crimes against humanity » dans William A. Schabas et Nadia Bernaz, dir., *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Oxon, Routledge, 2011, 121.

--. « Crimes against Humanity » dans Bartram S. Brown, dir., *Research Handbook on International Criminal Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, 62.

Dixon, Rodney. « Crimes against humanity – Paragraph 1 ‘Chapeau’ » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 121.

Dixon, Rodney et Christopher K. Hall. « Crimes against humanity – para. 1 ‘Chapeau’ » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 2008, 168.

--. « Paragraph 2 : Definitions of crimes or their elements – (a) ‘Attack’ » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes, Article by Article*, 2^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2008, 234.

Fouchard, Isabelle. « La formation du crime contre l'humanité en droit international », dans Mireille Delmas-Marty, dir., *Le crime contre l'humanité*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, 7.

Heller, Kevin Jon. « The Rome Statute of the International Criminal Court » dans Kevin Jon Heller et Markus D. Dubber, dir., *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford, Stanford University Press, 2011, 593.

Jacobs, Dov. « Positivism and International Criminal Law : The Principle of Legality as a Rule of Conflict of Theories », dans Jean d'Aspremont et Jörg Kammerhofer, dir., *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 (à venir), version préliminaire disponible en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2046311>.

Olásolo, Héctor. « Developments in the Distinction Between Principal and Accessorial Liability in Light of the First Case Law of the International Criminal Court » dans Carsten Stahn et Göran Sluiter, dir., *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009, 339.

Schabas, William A. « Interpreting the Statutes of the *Ad Hoc* Tribunals » dans Lal Chand Vohrah et al, dir., *Man's Inhumanity to Man :Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, 847.

--. « Crimes against Humanity: The State Plan or Policy Element » dans Leila Nadya Sadat et Michael P. Scharf, dir., *The Theory and Practice of International Criminal Law: Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2008, 347.

--. « Prosecutorial Discretion and Gravity » dans Carsten Stahn et Göran Sluiter, dir., *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009, 229.

Sluiter, Göran. « 'Chapeau Elements' of Crimes against Humanity » dans Leila Nadya Sadat, dir., *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 102.

Sorel, Jean-Marc et Valérie Boré Eveno. « Article 31 : Convention of 1969 » dans Olivier Corten et Pierre Klein, dir., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 804, 2011.

von Hebel, Herman et Darryl Robinson. « Crimes within the Jurisdiction of the Court » dans Roy S. Lee, dir., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 79.

Articles de périodiques

Akhavan, Payam. « Contributions of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda to Development of Definitions of Crimes against Humanity and Genocide » (2000) 94 Am Soc'y Int'l L Proc 279.

Ambos, Kai et Steffen Wirth. « The Current Law of Crimes against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000 » (2002) 13 Crim LF 1.

Antaki, Mark. « Esquisse d'une généalogie des crimes contre l'humanité » (2007) (hors série) RQDI 63.

Badar, Mohamed Elewa. « From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes against Humanity » (2004) 5 San Diego Int'l LJ 73.

--. « The Mental Element in the Rome Statute of the International Court : A Commentary from a Comparative Criminal Law Perspective » (2008) 19 Crim L F 473.

Bassiouni, M. Cherif. « 'Crimes against humanity: The Need for a Specialized Convention » (1993-94) 31 Colum J Transnat'l L 457.

Bohlander, Michael. « Radbruch Redux : The Need for Revisiting the Conversation between Common and Civil Law at Root Level at the Example of International Criminal Justice » (2011) 24 Leiden J Int'l L 393.

Cassese, Antonio. « The Statute of the International Criminal Court : Some Preliminary Reflections » (1999) 10 EJIL 144.

--. « The Nexus Requirement for War Crimes » (2012) 10 J Int'l Crim J 1395.

Côté, Luc. « Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law » (2005) 3 J Int'l Crim Just 162.

deGuzman, Margaret M. « The Road from Rome : The Developing Law of Crimes against Humanity » (2000) 22 Hum Rts Q 335.

Dungel, Joakim. « Defining Victims of Crimes against Humanity: *Martić* and the International Criminal Court » (2009) 22 Leiden J Int'l L 727.

Halling, Matt. « Push the Envelope – Watch It Bend : Removing the Policy Requirement and Extending Crimes against Humanity » (2010) 23 Leiden J Int'l L 827.

Henzelin, Marc, Veijo Heiskanen et Guénaél Mettraux. « Reparations to Victims before the International Criminal Court : Lessons from International Mass Claims Processes » (2006) 17 Crim LF 317.

Hines, Aaron M. « Filling in the Gaps of ICTY Jurisprudence : The Notion of Combatants *Hors de combat* as Victims of Crimes against Humanity », disponible en ligne : Social Science Research Network, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1471569>.

Hwang, Phyllis. « Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court » (1998-1999) 22 Fordham Int'l LJ 457.

Jalloh, Charles C. « What Makes Crimes against Humanity Crimes against Humanity ? » (2013) 28 Am U Int'l L Rev 381.

Jessberger, Florian et Julia Geneuss. « On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir* » (2008) 6 J Int'l Crim Just 853.

Joffe, Alain. « Les crimes contre l'humanité dans le *Code criminel* : Une contribution canadienne au droit international » (1995-1996) 9 RQDI 52.

Liefländer, Thomas R. « The *Lubanga* Judgement of the ICC : More than just the First Step ? » (2012) 1 Camb J Int'l & Comp L 191.

Luban, David. « A Theory of Crimes Against Humanity » (2004) 29 Yale J Int'l L 85.

Mamiya, Ralph. « Taking Judicial Notice of Genocide ? The Problematic Law and Policy of the *Karemera* Decision » (2007-08) 25 Wis Int'l LJ 1.

Manacorda, Stefano. « Foreword to the Symposium “The Principles of Individual Criminal Responsibility: A Conceptual Framework” » (2007) 5 J Int'l Crim Just 913.

McIntyre, Gabrielle. « The International Residual Mechanism and the Legacy of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda » (2011) 3 Göttingen J Int'l L 923.

Miraglia, Michela. « Admissibility of Evidence, Standard of Proof, and Nature of the Decision in the ICC Confirmation of Charges in *Lubanga* » (2008) 6 J Int'l Crim Just 489.

Nersessian, David L. « Comparative Approaches to Punishing Hate : The Intersection of Genocide and Crimes against Humanity » (2007) 43 Stan J Int'l L 221.

Robinson, Darryl. « Defining ‘Crimes against Humanity’ at the Rome Conference » (1999) 93 Am J Int'l L 43.

Schabas, William A. « *Mens Rea* and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia » (2002-2003) 37 New Eng. L. Rev. 1015.

Schwelb, Egon. « Crimes against Humanity » (1946) 23 Brit YB Int'l L 178.

Skogly, Sigrun I. « Crimes Against Humanity – Revisited : Is There a Role for Economic and Social Rights ? » (2001) 5 Int'l J HR 58.

Stewart, James G. « Judicial Notice in International Criminal Law : A Reconciliation of Potential, Peril and Precedent » (2003) 3 Int'l Crim L Rev 245.

van Sliedregt, Elies. « Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individual for Genocide » (2007) 5 J Int'l Crim Just 184.

Werle, Gerhard. « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute » (2007) 5 J Int'l Crim Just 953.

Billets de blogues scientifiques

Sardachti, Marie-Jeanne. « TPIR : La perpétuité annulée en appel pour Ntabakuze, ancien major de l'armée rwandaise » (2012) *Sentinelles, la page hebdomadaire d'informations internationales* (bulletin n° 305), disponible en ligne à :

<http://www.sentinelles-droit-international.fr/bulletins/a2012/20120520_bull_305/bulletin_sentinelles_305.php#213>.

Schabas, William A. « Crimes Against Humanity in Norway ? », billet de blogue publié le 26 juillet 2011 sur le site *PhD Studies in Human Rights*, disponible en ligne : <<http://humanrightsdoctorate.blogspot.nl/2011/07/crimes-against-humanity-in-norway.html>>.

Rapports et projets de code

American Law Institute, *Model Penal Code*.

Center for Constitutional Rights. « Victims' Communication Pursuant to Article 15 of the Rome Statute Requesting Investigation and Prosecution of High-level Vatican Officials for Rape and Other Forms of Sexual Violence as Crimes Against Humanity and Torture as a Crime Against Humanity », 13 septembre 2011, disponible en ligne : <<http://s3.documentcloud.org/documents/243877/victims-communication.pdf>>.

Commission du droit international des Nations unies. *Quatrième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial*, Doc. NU A/CN.4/398 (1986).

--. *Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs*, dans le *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai – 26 juillet 1996)*, Doc. NU A/51/10 (1996).

Commission d'enquête internationale indépendante sur la Syrie. *Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la Syrie*, Doc. NU A/HRC/22/59 (5 février 2013).

Fédération internationale des ligues de droits de l'Homme, *Rapport – République centrafricaine : Oubliées, stigmatisées ; la double peine des victimes de crimes internationaux*, Paris, FIDH, 2006.

Président du TPIY, *Évaluation et rapport du Président du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Theodor Meron, présentés au Conseil de sécurité conformément au paragraphe 6 de la résolution 1534 (2004) et portant sur la période comprise entre le 23 mai et le 16 novembre 2012*, annexe I, S/2012/847.

R-U, Law Commission, *Participating in Crime* (LAW COM n° 305), Londres, Her Majesty's Stationery Office, 2007, disponible en ligne : <http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc305_Participating_in_Crime_report.pdf>.

Secrétaire général des Nations unies. *Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité*, Doc. NU S/25704 (3 mai 1993).

Secrétaire général des Nations unies, *The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal: History and Analysis*, Doc. NU A/CN.4/5 (1949).

Conférence

Fenrick, William J. « Crimes in Combat : The Relationship between Crimes against Humanity and War Crimes », conférence prononcée à l'occasion des *Guest Lecture Series* du Bureau du procureur de la Cour pénale internationale, La Haye, 5 mars 2004 [non publiée], disponible en ligne :

<http://tamilnation.co/armed_conflict/crimes_in_combat_fenrick.pdf>

Article de journal

Checola, Laurent et Guénaël Pépin (avec Olivier Clairouin). « Internet coupé en Syrie, les réseaux téléphoniques perturbés », *Le Monde* (29 novembre 2012), disponible en ligne :

Le Monde.fr <http://www.lemonde.fr/technologies/article/2012/11/29/communications-coupees-dans-plusieurs-regions-de-syrie_1798088_651865.html>

