

Le lien entre les actes incriminés en tant que crimes contre l'humanité et l'attaque généralisée ou systématique : qui trop embrasse peut mal étreindre

William ST-MICHEL¹

Sommaire de l'article

11

Introduction

I. 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

II. La détermination du lien entre l'acte incriminé et l'attaque : une étape occultée, mais nécessaire

A. Le critère applicable

1. Le critère appliqué par la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* et la Cour pénale internationale : une analyse contextuelle
2. Le statut de la victime comme facteur de rattachement et non critère
3. Le lien entre l'acte incriminé et la politique dans le cadre du Statut de Rome : un critère superflu

B. Une méthode d'analyse appropriée

1. L'exigence de décrire adéquatement l'attaque
2. L'analyse détaillée du lien entre l'acte incriminé et l'attaque, crime par crime
3. L'éclatement de la notion de « crime » en présence d'une multiplicité d'incidents

Conclusion

¹ Assistant juridique au sein de l'équipe de défense de M. Bosco Ntaganda. Les opinions exprimées dans ce texte sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles de l'équipe de défense de M. Bosco Ntaganda devant la Cour pénale internationale.

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 Nuremberg³. 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 fil des années, l'élément distinctif des crimes contre l'humanité s'est affiné. Aujourd'hui, les

- 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 », *Revue québécoise de droit international* [RQDI], Hors série, n° 63, 2007.
- 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 », *29 Yale J Int'l L* 85, 2004, p. 93-94.
- 3 *Statut du Tribunal international militaire*, annexé à l'*Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, 8 août 1945, 82 RTNU 279, 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 » (Cherif BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity : Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 8). Voir également : Kai AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 85-86.
- 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. 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, p. 468. Dans la mesure où les crimes contre l'humanité n'étaient pas encore une 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 », *5 San Diego Int'l LJ* 73, 2004, p. 82.

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* habilite 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 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

- 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 § 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 § 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 § 400 (CPI, Chambre préliminaire I) [Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*].
- 9 Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, au § 271.
- 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 § 890 (TPIY, Chambre de première instance III) (non infirmé en appel) [Jugement *Lukić*].

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.

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 cet article, nous tâcherons donc d'identifier le critère qui permet de conclure qu'un acte donné s'inscrivait dans le cadre de l'attaque (II). 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 (I).

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 § 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.*, § 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.*, § 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-unis 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 § 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? », 5 *Int'l J HR* 58, 2001, p. 68-73.

I. 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 » incriminés¹³. À ce stade de l'analyse, seule la conduite de l'auteur matériel, qu'il soit accusé ou non, doit donc être considérée¹⁴. Nous reconnaissons que, dans la plupart des cas, l'identité des auteurs 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 commis¹⁵.

Malgré des dispositions claires, la jurisprudence des tribunaux pénaux *ad hoc* – tant en première instance qu'en appel – n'est toutefois pas des plus constantes sur cette question, générant par là une confusion qui soulève un doute inutile sur ce que vise l'exigence du lien.

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

¹³ Les *Éléments des crimes*, quant à eux, utilisent l'expression « comportement ».

¹⁴ *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 Milutinović*, IT-05-87-T, Jugement, vol. I (26 février 2009) au § 152 (TPIY, Chambre de première instance III).

¹⁵ Voir, par exemple : *Le Procureur c. Zdravko Tolimir*, IT-05-88/2-T, Jugement (12 décembre 2012) aux § 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 § 104 (TPIY, Chambre d'appel). 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 § 46 (TPIY, Chambre de première instance II), approuvé dans *Le Procureur c. Tibomir Blaškić*, IT-95-14-A, Arrêt (29 juillet 2004) au § 217 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Blaškić*]. 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 § 75 et à la note de bas de page 216 (TPIY, Chambre d'appel).

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 civile¹⁶.

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 frappant¹⁷. 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 crimes¹⁸ :

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

[...]

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

16 *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, IT-04-81-T, Jugement (6 septembre 2011) aux § 87 et 736 (TPIY, Chambre de première instance I) [Jugement *Perišić*]. Dans la même veine, voir également : *Le Procureur c. Mićo Stanišić*, IT-08-91-T, Jugement, vol. I (27 mars 2013) notamment aux § 29, 213, 341, 686 et 806 (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Stanišić & Župljanin*] ; *Le Procureur c. Hormisdas Nsengimana*, ICTR-01-69-T, Jugement (17 novembre 2009) aux § 844, 845, 848 et 851 (TPIR, Chambre de première instance I) [Jugement *Nsengimana*] ; *Le Procureur c. Dragomir Milošević*, IT-98-29/1-T, Jugement (12 décembre 2007) aux § 918-920 (TPIY, Chambre de première instance III) [Jugement *Milošević*] ; *Le Procureur c. Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-T, Jugement (27 septembre 2006) aux § 706 d) et 711 (TPIY, Chambre de première instance I) [Jugement *Krajišnik*].

17 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 arrêtés, détenus, puis tués sommairement par des membres des forces armées de la République serbe de Bosnie.

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

*au-delà de tout doute raisonnable que les actes des deux Accusés participaient de l'attaque et que ces derniers le savaient.*¹⁹

D'autres jugements 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.*²⁰

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 accusés²¹.

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

¹⁹ *Le Procureur c. Vidoje Blagojević*, IT-02-60-T, Jugement (17 janvier 2005) aux § 547 et 553 (TPIY, Chambre de première instance I) (soulignement ajouté et note infrapaginale omise) [Jugement *Blagojević*]. Pour l'ensemble des citations de cet article, 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 § 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 § 41, 981 et 982 (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Simić*].

²⁰ *Le Procureur c. Mile Mrkšić*, IT-95-13/1-A, Arrêt (5 mai 2009) au § 41 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Mrkšić*] (soulignement ajouté).

²¹ Arrêt *Mrkšić*, *supra* note 20, au § 42. Voir également : *Le Procureur c. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Jugement (5 décembre 2003) aux § 148 et 598 (TPIY, Chambre de première instance I) [Jugement *Galić*].

*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**.²²*

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'attaque²³. 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 qu'un tel lien avait été établi. Dans le II.A de cet article, 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'attaque.

Toute cette confusion tient probablement au fait que les expressions « *accusé* » et « *auteur matériel* » désignaient, à une certaine époque, la même personne²⁴. 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 poursuivi²⁵.

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

²² *Le Procureur c. Augustin Ndingilijimana*, ICTR-00-56-T, Jugement (17 mai 2011) au § 2089 (TPIR, Chambre de première instance II) (soulignements ajoutés) [Jugement *Ndingilijimana*]. Voir aussi : *Le Procureur c. Grégoire Ndahimana*, ICTR-01-68-T, Jugement (30 décembre 2011) au § 838 (TPIR, Chambre de première instance II) ; *Le Procureur c. Jean-Baptiste Gatete*, ICTR-00-61-T, Jugement (31 mars 2011) au § 634 (TPIR, Chambre de première instance III) [Jugement *Gatete*] ; *Le Procureur c. Tharcisse Renzaho*, ICTR-97-31-T, Jugement (14 juillet 2009) au § 784 (TPIR, Chambre de première instance I).

²³ Voir également les jugements cités à la note de bas de page 22 de cet article.

²⁴ 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.

²⁵ Voir, par exemple, les conclusions factuelles de la Chambre de première instance II relative-ment au chef d'accusation 10 (mauvais traitement d'un prisonnier par plusieurs personnes, dont Duško Tadić) : *Le Procureur c. Duško Tadić*, IT-94-1-T, Jugement (7 mai 1997) au § 261 (TPIY, Chambre de première instance II) [Jugement *Tadić*].

les crimes relevant de la compétence de ces tribunaux²⁶. Du fait de leur position hiérarchique, ces personnes n'ont généralement posé aucun acte équivalent 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 généralement apportée à l'extérieur du cadre de l'attaque²⁷. 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.

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'arrêt²⁸ et des citations à comparaître²⁹ que celles confirmant

- 26** 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)*, Doc. NU S/RES/1534 (2004) (26 mars 2004), à la p. 2). Voir, généralement : Luc CÔTÉ, « Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law » (2005) 3 *J Int'l Crim Just* 162.
- 27** Voir les commentaires de la Chambre d'appel du TPIR dans *Ferdinand Nahimana c. Le Procureur*, ICTR-99-52-A, Arrêt (28 novembre 2007) au § 934 et à la note de bas de page 2116 (TPIR, Chambre d'appel) [Arrêt *Nahimana*].
- 28** Voir, par exemple : *Le Procureur c. Abdel Raheem Muhammad Hussein*, ICC-02/05-01/12, Décision on the Prosecutor's Application under Article 58 Relating to Abdel Raheem Muhammad Hussein (1^{er} mars 2012) au § 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 § 70 (CPI, Chambre préliminaire III); *Situation en Jamabiriya 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 § 41 et 65 (CPI, Chambre préliminaire I) [Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Kadhafi*].
- 29** *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 § 31 et 32 (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) aux § 25 à 28 (CPI, Chambre préliminaire II).

les charges portées par l'Accusation³⁰, de même que celles autorisant l'ouverture d'une enquête sur la situation de la criminalité d'un pays³¹, s'intéressent toutes aux actes criminels perpétrés par l'auteur matériel³². Dans la mesure où 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'humanité³³, 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.

II. LA DÉTERMINATION DU LIEN ENTRE L'ACTE INCRIMINÉ ET L'ATTAQUE : UNE ÉTAPE OCCULTÉE, MAIS NÉCESSAIRE

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

30 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 § 222 (CPI, Chambre préliminaire II) [Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Ruto*] ; *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du *Statut de Rome*, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo (15 juin 2009) aux § 84 et 85 (CPI, Chambre préliminaire II) [Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*].

31 Voir, par exemple : *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) aux § 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) (CPI, Chambre préliminaire III) [Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation en Côte d'Ivoire].

32 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*).

33 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 : *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) au § 188 (CPI, Chambre préliminaire II) [Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya]. Voir également : William A. SCHABAS, « Prosecutorial Discretion and Gravity », in Carsten STAHN et Göran SLUITER (dir.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009, p. 229, aux p. 243-244.

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'humanité³⁴. Dans cette section, nous tâcherons de clarifier le critère applicable (A), 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 (B).

A. 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 convenir³⁵. 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 répréhensible³⁶.

34 Margaret M. de GUZMAN, « Crimes against humanity », in William A. SCHABAS et Nadia BERNAZ (dir.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Oxon, Routledge, 2011, p. 121-133.

35 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. Voir Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au § 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 ».

36 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 nazi 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, 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 : *Ildéphonse Hategekimana c. Le Procureur*, ICTR-00-55B-A, Arrêt (8 mai 2012) aux § 58 à 63 (TPIR, Chambre d'appel).

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].³⁷

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 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,

37 *Le Procureur c. Laurent Semanza*, ICTR-97-20-T, Jugement (15 mai 2003) au § 326 (TPIR, Chambre de première instance III) [Jugement *Semanza*]. 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 [...].* » (*Le Procureur c. Dragoljub Kunarac*, IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, Jugement (22 février 2001) au § 418 (TPIY, Chambre de première instance II)). Ce critère a été approuvé par la chambre d'appel de ce même tribunal : Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au § 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 (*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 procédure et de preuve [3 avril 1996] au § 30) ou encore qu'il « *s'accorde* » avec celle-ci (Jugement *Tadić*, *supra* note 25, au § 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*. 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 30, au § 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 14, au § 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 § 120 (TSSL, Chambre de première instance I) ; Jugement *Duch*, *supra* note 11, au § 318).

mais le *Statut de Rome* exclut cette approche³⁸. 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.*³⁹

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.*⁴⁰

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 postulent qu'une « attaque » du genre de celles qui sont visées par les textes sanctionnant les crimes contre l'humanité accroît le risque qu'il 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'État⁴¹. Ainsi, aux fins de déter-

38 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.

39 Jugement *Krajčević*, *supra* note 16, notamment aux §§ 721 et 732, prenant appui sur les propos de la Chambre d'appel du TPIY dans l'arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au § 100.

40 Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 33, au § 98. Voir aussi : Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation en Côte d'Ivoire, *supra* note 31, au § 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.

41 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 14, au § 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 16, vol. II, aux §§ 513-517 (décrivant l'attitude de l'accusé Stojan Župljanin à l'égard de crimes commis contre les non-Serbes).

miner 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.⁴²

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 surviennent⁴³. 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 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* »⁴⁴. 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'attaque⁴⁵.

⁴² Kai AMBOS et Steffen WIRTH, « The Current Law of Crimes against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000 », 13 *Crim LF* 1, 2002, 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 », in Leila Nadya SADAT (dir.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 279 -291 [Sadat, *Forging a Convention for Crimes against Humanity*].

⁴³ Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au § 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.

⁴⁴ Arrêt *Kunarac*, *supra* note 7, au § 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).

⁴⁵ Rodney DIXON et Christopher K. HALL, « Crimes against humanity – para. 1 'Chapeau' » in Otto TRIFFTERER (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 168 à la p. 176, note de bas de page 53.

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 commun⁴⁶. 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 crime⁴⁷. Dans la mesure où plan et attaque se confondent souvent dans les faits⁴⁸, 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 personnes⁴⁹.

- 46** 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 § 204, 220 et 228 ; *Le Procureur c. Mitar Vasiljević*, IT-98-32-A, Arrêt (25 février 2004) au § 101 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Vasiljević*] ; *Le Procureur c. Miroslav Kvočka*, IT-98-30/1-A, Arrêt (28 février 2005) au § 86 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Kvočka*]. Pour une application récente, voir : Jugement *Tolimir*, *supra* note 15, aux § 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 16, aux § 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).
- 47** 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 (*Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Jugement (14 mars 2012) aux § 985 à 987 (CPI, Chambre de première instance I) [Jugement *Lubanga*]) et, d'autre part, que l'accusé était conscient de ce risque (*ibid.*, au § 1013).
- 48** 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 15, aux § 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).
- 49** *Le Procureur c. Sylvestre Mudacumura*, ICC-01/04-01/12, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58 (13 juillet 2012) au § 62 (CPI, Chambre préliminaire II).

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'attaque*⁵⁰ ; *l'importance que le crime revêt pour accomplir le but de l'attaque*⁵¹ ; *la proximité entre l'auteur matériel du crime et ceux qui ont commis les autres crimes*⁵² et *l'appartenance de la victime au groupe ethnique visé par l'attaque*⁵³. 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'attaque⁵⁴.

2. *Le statut de la victime comme facteur de rattachement et non critère*

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

50 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 § 220 (TSSL, Chambre de première instance II) ; Rodney DIXON, « Crimes against humanity – Paragraph 1 'Chapeau' », in Otto TRIFFTERER (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 121-125. 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* » (Robert CRYER et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 244) (soulignement ajouté).

51 METTRAUX, *International Crimes*, supra note 36, à la p. 162. Le crime n'a toutefois pas à être décisif pour l'attaque : Isabelle FOUCHARD, « La formation du crime contre l'humanité en droit international », in Mireille DELAMS-MARTY (dir.), *Le crime contre l'humanité*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, p. 7-30.

52 Antonio CASSESE, « Crimes against Humanity », in 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, p. 353-361.

53 *Sylvestre Gacumbitsi c. Le Procureur*, ICTR-01-64-A, Arrêt [7 juillet 2006] au § 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). Pour une application, voir : *Mikaeli Mubimana c. Le Procureur*, ICTR-95-1B-A, Arrêt (21 mai 2007) aux § 172-174 (TPIR, Chambre d'appel).

54 Arrêt *Gacumbitsi*, supra note 53, au § 103.

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'humanité⁵⁵. 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 des victimes n'a pas non plus fait l'objet de débats devant le TPIR⁵⁶. Les autres instances pénales internationales ne se sont guère intéressées à la question⁵⁷. 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 humanitaire⁵⁸, 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 décès⁵⁹. 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'humanité⁶⁰. La Chambre de première instance I du TPIY n'a pas partagé cet avis. Rappelant que « *la qualité de civil de la victime est*

- 55** 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 19, aux § 114, 115, 220, 552, 577 et 772. Aucune des parties n'a porté ces conclusions en appel.
- 56** 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 *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4A, Arrêt (1^{er} juin 2001) au § 464 (TPIR, Chambre d'appel).
- 57** DUNGEL, « Victims of Crimes against Humanity », *supra* note 56, aux p. 744-745.
- 58** 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.
- 59** *Le Procureur c. Milan Martić*, IT-95-11-T, Jugement (12 juin 2007) au § 387 (TPIY, Chambre de première instance I) [Jugement *Martić*].
- 60** Voir *Le Procureur c. Milan Martić*, IT-95-11-T, Acte d'accusation modifié (9 septembre 2003) aux § 31 et 37 (TPIY, Bureau du Procureur).

l'un des éléments qui caractérisent un crime contre l'humanité »⁶¹, la Chambre a refusé d'appliquer l'article 5 du *Statut du TPIY* à des incidents dont les victimes n'étaient pas civiles⁶². 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 combattants⁶³. 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 l'humanité soient liés à un conflit armé⁶⁴. 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 situation⁶⁵, et les arrêts *Blaškić* et *Galić* de la Chambre d'appel du TPIY⁶⁶, 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 commis⁶⁷. 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 combat⁶⁸. La Chambre a appliqué le même raisonnement à plusieurs autres incidents qui impliquaient des victimes non civiles⁶⁹. Notons que Milan Martić n'a toutefois pas été acquitté des chefs

61 Jugement *Martić*, *supra* note 59, au § 51, faisant écho aux propos de la Chambre d'appel du TPIY dans l'arrêt *Blaškić*, *supra* note 15, au § 107.

62 Jugement *Martić*, *supra* note 59, au § 51.

63 Jugement *Martić*, *supra* note 59, au § 56.

64 Jugement *Martić*, *supra* note 59, au § 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.

65 Rappelons que l'article 50-1 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*], 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, et à l'article 43 du même protocole.

66 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.

67 Jugement *Martić*, *supra* note 59, au § 55.

68 Jugement *Martić*, *supra* note 59, au § 387.

69 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

d'accusation qui comprenaient ces incidents, la Chambre s'étant contentée de les « morceler »⁷⁰. Cet allègement des accusations ne semble pas avoir eu d'effet sur la peine qui lui a été imposée⁷¹.

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*⁷². La réponse apportée à la seconde nous intéresse plus particulièrement⁷³. 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 civile⁷⁴. Deuxièmement,

trouvaient certains membres des forces armées croates : Jugement *Martić*, *supra* note 59, aux § 410 (emprisonnement, torture, actes inhumains) et 411 (persécution).

- 70** Voir le résumé des conclusions de la Chambre : Jugement *Martić*, *supra* note 59, au § 480.
- 71** 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.
- 72** 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 § 6 (TPIY, Chambre d'appel).
- 73** 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 65, 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* » : *Le Procureur c. Martić*, IT-95-11-A, Arrêt (8 octobre 2008) à la note de bas de page 796 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt *Martić*]. 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*, aux § 291 à 302.
- 74** Arrêt *Martić*, *supra* note 73, aux § 304-305.

mement, 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 5⁷⁵. Troisièmement, dans les affaires instruites jusqu'ici par le 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 homogène⁷⁶ – ce que n'ont pas davantage fait les tribunaux saisis d'affaires découlant de la Seconde Guerre mondiale⁷⁷. 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 incident⁷⁸. 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 titre⁷⁹, mais a maintenu la peine imposée en première instance⁸⁰. 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*⁸¹. 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 civile⁸².

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 la même devant le TPIR et la Cour pénale internationale⁸³. Qui plus est, le raisonnement de la Chambre

75 Arrêt *Martić*, *supra* note 73, au § 306.

76 Arrêt *Martić*, *supra* note 73, aux §§ 307-308.

77 Arrêt *Martić*, *supra* note 73, aux §§ 309-311.

78 Arrêt *Martić*, *supra* note 73, au § 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 66, au § 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 : *Le Procureur c. Goran Jelisić*, IT-95-10-A, Arrêt (5 juillet 2001) au § 82 (TPIY, Chambre d'appel).

79 Arrêt *Martić*, *supra* note 73, aux §§ 315-320.

80 « *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 73, au § 352.

81 Arrêt *Mrkšić*, *supra* note 20, aux §§ 25-29.

82 Arrêt *Mrkšić*, *supra* note 20, au § 30.

83 DUNGEL, « Victims of Crimes against Humanity », *supra* note 56, aux p. 740 à 743.

d'appel du TPIY se fonde essentiellement sur le droit international coutumier, lequel peut être appliqué par le TPIR et la Cour pénale internationale⁸⁴.

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* »⁸⁵. 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'humanité⁸⁶.

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 TPIY⁸⁷.

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

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,

84 Pour le TPIR, voir par exemple : Arrêt *Nahimana*, *supra* note 27, aux § 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 § 508. Pour une application du droit international coutumier à l'un des crimes visés par le *Statut de Rome*, voir : *ibid.*, § 448 (définition du crime d'actes inhumains).

85 Arrêt *Martić*, *supra* note 73, au § 307.

86 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 § 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 § 3-5 (TPIY, Bureau du Procureur).

87 Jugement *Simić*, *supra* note 19, au § 41.

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'attaque⁸⁸. 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 satisfaire⁸⁹.

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 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 Ndjolo 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 »⁹⁰, 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 des 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 civile⁹¹. En l'absence

⁸⁸ Voir, par exemple : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*, *supra* note 30, au § 150 (au sujet du lien entre deux assassinats et l'attaque).

⁸⁹ Voir, par exemple : Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Hussein*, *supra* note 28, au § 18.

⁹⁰ Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*, *supra* note 8, au § 396 (soulignement ajouté), repris dans la Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 33, au § 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 § 24 (CPI, Chambre préliminaire II) [Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Ntaganda*].

⁹¹ 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 § 255 et ss.

de condition supplémentaire, c'est donc le critère relatif au lien entre l'acte incriminé et l'attaque qui doit s'appliquer⁹².

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 ?⁹³ 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 organisation⁹⁴. 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 mondiale⁹⁵. Dans sa dissidence à la décision portant ouverture d'une enquête sur la situation en République du Kenya, le Juge Kaul a exprimé 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 politique⁹⁶.

B. 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 motivés⁹⁷. Cette exigence, l'un

⁹² Pour un rappel de ce critère, voir *supra*.

⁹³ 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 », 10 *J Int'l Crim J* 1395, 2010, p. 1413-1414.

⁹⁴ Opinion dissidente du Juge Kaul à la Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 33, au § 69.

⁹⁵ Pour des exemples d'affaires impliquant des personnes non liées à l'entité ayant lancé l'attaque, voir : Arrêt *Tadić*, *supra* note 6, aux § 260 à 262.

⁹⁶ Décision relative à l'ouverture d'une enquête sur la situation au Kenya, *supra* note 33, aux § 84 et 85 (citant les décisions confirmant les charges dans les affaires *Katanga*, *supra* note 8, et *Bemba*, *supra* note 30).

⁹⁷ 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* », 6 *J Int'l Crim Just* 489, 2008, 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*

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 instance⁹⁸. 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*⁹⁹. Si elle n'est pas tenue d'énoncer tous les éléments factuels qui soutiennent ses conclusions¹⁰⁰, 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 des crimes reprochés* »¹⁰¹. L'obligation d'explicitier 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 (1) et le caractère détaillé de l'analyse du lien (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 (3).

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'exception¹⁰². Peut-être parce qu'il leur apparaît acquis qu'une attaque a bel et bien eu

Munyakazi, ICTR-97-36A-A, Arrêt (28 septembre 2011) au § 10 (TPIR, Chambre d'appel) [Arrêt *Munyakazi*].

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

99 Marc HENZELIN, Veijo HEISKANEN et Guénaél METTRAUX, « Reparations to Victims before the International Criminal Court: Lessons from International Mass Claims Processes », 17 *Crim LF* 317, 2006, p. 329.

100 Arrêt *Kvočka*, *supra* note 46, au § 23.

101 Arrêt *Kordić*, *supra* note 66, au § 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.*, § 387 et 388.

102 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

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 attaque¹⁰³. L'exigence 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 non. 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'étendue¹⁰⁴, 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 sous étude¹⁰⁵. Toutefois, comme le mentionne à juste titre le professeur Göran Sluiter, il n'en demeure pas moins

2005) aux § 191-228 (TPIY, Chambre de première instance II) ; *Le Procureur c. Ramush Haradinaj*, IT-04-84-T, Jugement (3 avril 2008) aux § 110-122 (TPIY, Chambre de première instance I) [Jugement *Haradinaj*]. Il a été conclu à l'existence d'une « attaque » dans toutes les autres affaires où des crimes contre l'humanité étaient allégués.

- 103** C'est une tendance particulièrement apparente dans la jurisprudence récente du TPIR. Voir, par exemple : *Le Procureur c. Yusef Munyakazi*, ICTR-97-36A-T, Jugement (5 juillet 2010) au § 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 population on ethnic grounds.* » Dans la même veine, voir : Jugement *Ndindilyimana*, *supra* note 22, au § 2089.
- 104** *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) au § 70 (TPIY, Chambre d'appel) : « *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'à lors, 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 47, au § 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.
- 105** Payam AKHAVAN, « Contributions of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda to Development of Definitions of Crimes against Humanity and Genocide », 94 *Am Soc'y Int'l L Proc* 279, 2000, p. 280.

que la description suffisante du contexte créé par l'attaque est une tâche préalable nécessaire à l'examen du lien¹⁰⁶. 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 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 civile¹⁰⁷.

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* »¹⁰⁸. 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 attaque¹⁰⁹. 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 1994¹¹⁰, pavant ainsi la voie à une reconnaissance judiciaire de l'« attaque » dans les affaires à être instruites subséquemment. 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 acquitter¹¹¹. Dans une décision inter-

106 Göran SLUITER, « 'Chapeau Elements' of Crimes against Humanity », in Leila Nadya SADAT, *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, *supra* note 42, 102, p. 138.

107 Jugement *Brdanin*, *supra* note 19, au § 397 ; Jugement *Haradinaj*, *supra* note 102 ; Jugement *Lukić*, *supra* note 10, au § 890.

108 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* ».

109 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 § 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.

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

111 Arrêt *Semanza*, *supra* note 110, au § 192. Dans la même veine, voir : *Le Procureur c. Édouard Karemera*, ICTR-98-44-AR73(C), Decision on Prosecutor's Interlocutory Appeal of Decision

locutoire rendue un an plus tard, la même Chambre 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.¹¹²

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 procès¹¹³. 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 établi¹¹⁴. 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 »¹¹⁵. 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 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, se borner

on Judicial Notice (16 juin 2006) au § 30 (TPIR, Chambre d'appel) [Appel interlocutoire relatif au constat judiciaire dans l'affaire *Karemera*].

- 112** Appel interlocutoire relatif au constat judiciaire dans l'affaire *Karemera*, *supra* note 111, au § 29.
- 113** *Le Procureur c. Protais Zigiranyirazo*, ICTR-01-73-T, Jugement (18 décembre 2008) aux § 10 et 383 (TPIR, Chambre de première instance III).
- 114** Voir, par exemple : *Le Procureur c. Callixte Nzabonimana*, ICTR-98-44D-T, Jugement (31 mai 2012) aux § 1779 et 1780 (TPIR, Chambre de première instance III) ; *Le Procureur c. Gaspard Kanyarukiga*, ICTR-02-78-T, Jugement (1^{er} novembre 2010) aux § 659 à 663 (TPIR, Chambre de première instance II) ; Jugement *Nsengimana*, *supra* note 16, au § 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).
- 115** Sur la question, voir : James G. STEWART, « Judicial Notice in International Criminal Law: A Reconciliation of Potential, Peril and Precedent », 3 *Int'l Crim L Rev* 245, 2003, p. 261-267 (arguant qu'il est possible pour une instance pénale internationale de constater judiciairement une situation factuelle ayant des composantes juridiques).

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. *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 conclusion¹¹⁶. 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 attaque¹¹⁷. Cette façon d'analyser l'exigence relative au lien entre l'acte incriminé et l'attaque s'observe également dans certaines décisions préliminaires rendues par la Cour pénale internationale¹¹⁸.

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'accusation¹¹⁹. L'Accusation peut toutefois

116 Jugement *Perišić*, *supra* note 16, au § 736. Pour d'autres conclusions similaires, voir : Jugement *Galić*, *supra* note 21, au § 598 ; Jugement *Milošević*, *supra* note 16, au § 920 (conclusion confirmée par la Chambre d'appel : *Le Procureur c. Dragomir Milošević*, IT-98-29/1-A, Arrêt (12 novembre 2009) aux § 103-105 (TPIY, Chambre d'appel)).

117 Voir, par exemple : *Le Procureur c. Ephrem Setako*, ICTR-04-81-T, Jugement (25 février 2010) au § 478 (TPIR, Chambre de première instance I) : « *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 97, au § 505 ; Jugement *Gatete*, *supra* note 22, au § 634. Certaines conclusions d'un jugement récent du TPIY présentent le même problème : Jugement *Stanišić & Župljanin*, *supra* note 16, vol. I, notamment aux § 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).

118 Voir, par exemple : Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Ruto*, *supra* note 30, aux § 225, 228, 238 et 241 (analysant les incidents allégués comme assassinats en tant que crimes contre l'humanité).

119 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* » :

décider d'inclure dans l'acte d'accusation des actes qui se distinguent nettement des autres crimes qui composent l'attaque¹²⁰. 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 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'attaque¹²¹.

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* :

article 73 bis-D du Règlement de procédure et de preuve du TPIY, *supra* note 108. 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 § 6 (« *Regarding Count 2, related to Srebrenica, the Prosecution proposes to remove two out of the 22 killings sites enumerated in the Operative Indirectment. 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).

- 120** 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. 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).
- 121** 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 § 344 (TPIY, Chambre d'appel). 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.

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.¹²²

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 les seuls actes qu'elle n'estime pas faire partie de l'attaque¹²³. 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 indiquée¹²⁴. 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

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

123 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 § 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.* »)

124 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 § 1723 (TPIY, Chambre de première instance I)). Voir aussi : Jugement *Krajišnik*, *supra* note 16, notamment aux § 721 et 732.

à analyser le lien entre *chacun* des actes incriminés et l'attaque et non de façon globale¹²⁵. 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 incriminé¹²⁶.

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.

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* »¹²⁷. 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 incidents¹²⁸ 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

125 Dans les décisions récentes, voir : Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Kadhafi*, *supra* note 28, aux § 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 § 25 (CPI, Chambre préliminaire I) ; Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*, *supra* note 30, aux § 139, 164 et 196.

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

127 Stefano MANACORDA, « Foreword to the Symposium 'The Principles of Individual Criminal Responsibility: A Conceptual Framework' », *5 J Int'l Crim Just* 913, 2007, p. 913.

128 Nous emploierons l'expression « incident » plutôt que celle d'« acte incriminé » pour mieux illustrer notre propos.

*one count. Such a rule is completely impracticable in this Tribunal, given the massive scale of the offences which it has to deal with.*¹²⁹

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 internationale¹³⁰, 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'intention¹³¹.

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 particuliers¹³². 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 individu¹³³ que le massacre de milliers de personnes¹³⁴. 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'accusation¹³⁵. Compte tenu que

129 *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 § 61 (TPIY, Chambre de première instance II), approuvé dans *Le Procureur c. Zoran Kupreškić*, IT-95-16-A, Arrêt (23 octobre 2001) au § 98 (TPIY, Chambre d'appel) [Arrêt Kupreškić].

130 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*]).

131 Jugement *Semanza*, *supra* note 37, au § 508.

132 *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 § 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 : *Le Procureur c. Goran Jelisić*, IT-95-10/T, Jugement (14 décembre 1999) aux § 100 et 101 (TPIY, Chambre de première instance I).

133 Voir, par exemple : Jugement *Naletilić*, *supra* note 122, au § 508.

134 À titre d'illustration, voir : Jugement *Perišić*, *supra* note 16, aux § 738-740.

135 Pour le crime de persécution, voir *Le Procureur c. Zoran Kupreškić*, IT-95-16-T, Jugement (14 janvier 2000) au § 624 (TPIY, Chambre de première instance II) : « 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 46, au § 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.*

les efforts des procureurs des instances pénales internationales sont aujourd'hui canalisés vers les individus qui apparaissent comme les plus grands responsables des crimes commis¹³⁶, 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'accusation¹³⁷. Au procès, ce sont ces faits – et

Milimir Stakić, IT-97-24-T, Jugement (31 juillet 2003) au § 685 (TPIY, Chambre de première instance II) : « 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 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 § 309 (TPIY, Chambre d'appel)). Pour le *Statut de Rome*, la formulation qu'emploie 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 § 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*.

136 *Supra*, notes de bas de page 26 et 33.

137 *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 § 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 130, 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 § 13 (CPI, Chambre de première instance V).

seulement ces faits – qui auront à être prouvés hors de tout doute raisonnable¹³⁸. 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 victime¹³⁹. Lorsque les chefs d'accusation chapeautent plusieurs incidents, l'Accusation ne saurait évidemment être tenue de prouver chacun de ces incidents¹⁴⁰. Face à une situation de criminalité collective, elle peut valablement se contenter de référer aux victimes en n'indiquant que le groupe auxquelles elles appartenaient ou d'offrir¹⁴¹, 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 délictuel¹⁴².

Le degré de précision requis dépendra du lien entre l'accusé et les faits incriminés¹⁴³. 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 commis¹⁴⁴. La théorie de la cause reposant sur ces faits, leur précision dans l'acte d'accusation permettra à l'accusé de préparer adéquatement sa défense¹⁴⁵. À l'inverse, si l'accusé est présumé n'avoir joué qu'un rôle « indirect » dans la commission des crimes¹⁴⁶, 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, davantage que les incidents qui constituent les crimes dont celui-ci aura à répondre¹⁴⁷. Enfin, lorsque c'est la responsabilité de l'accusé à titre de supérieur hiérarchique qui est mise en cause, l'obligation de précision des

138 Arrêt *Martić*, *supra* note 73, au § 55.

139 *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 § 21 (TPIR, Chambre de première instance III).

140 Arrêt *Kupreškić*, *supra* note 129, au § 98.

141 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 § 518 à 521 (TPIR, Chambre d'appel) [Arrêt *Ntakirutimana*].

142 Décision relative à la forme de l'acte d'accusation dans l'affaire *Brdanin*, *supra* note 137, au § 22.

143 Arrêt *Blaškić*, *supra* note 15, au § 210.

144 *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 § 18-C) (TPIY, Chambre de première instance II) [Décision relative à la forme de l'acte d'accusation dans l'affaire *Krnojelac*].

145 Arrêt *Ntakirutimana*, *supra* note 141, aux § 74 et 75.

146 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.

147 Décision relative à la forme de l'acte d'accusation dans l'affaire *Krnojelac*, *supra* n. 144, § 18-B.

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 contestés¹⁴⁸. 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'accusation¹⁴⁹.

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 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.

148 Décision relative à la forme de l'acte d'accusation dans l'affaire *Krnjelac*, *supra* note 144, au § 18A).

149 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 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>, à la p. 8 du texte.

CONCLUSION

Nous convenons que le regard que cet article porte sur 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. 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'imprécisions. Nous avons constaté 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. 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. 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. 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.

Au nom de la lutte contre l'impunité, d'aucuns pourraient s'interroger sur la pertinence d'examiner en détails 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 parties¹⁵⁰. Il nous semble donc primordial de baliser avec le plus de précisions possibles les règles du droit international pénal, dont celles relatives aux crimes contre l'humanité. Autrement, qui trop embrasse peut mal étreindre.

150 Voir, dans cette veine, les propos du Greffier du TPIY lors du 20^e anniversaire de cette institution, le 27 mai 2013, disponible en ligne à : <<http://www.icty.org/sid/11322>>.