THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

Par **Marie BARDET**

LA NOTION D'INFRACTION INTERNATIONALE PAR NATURE

Essai d'une analyse structurelle

Sous la co-direction de
Mesdames les Professeurs Amane Gogorza et Valérie Malabat

Soutenue publiquement le 3 décembre 2020

Membres du jury :

Monsieur Olivier Cahn
Professeur à l'Université de Tours, *rapporteur*

Madame Amane Gogorza
Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole, *co-directrice de la recherche*

Madame Valérie Malabat
Professeur à l'Université de Bordeaux, *co-directrice de la recherche*

Madame Raphaële Parizot
Professeur à l'Université Paris Nanterre, *rapporteur, présidente*

Monsieur Xavier Pin
Professeur à l'Université Lyon III Jean Moulin, *examinateur*

LA NOTION D'INFRACTION INTERNATIONALE PAR NATURE
ESSAI D'UNE ANALYSE STRUCTURELLE

Résumé : Apparue avec les procès de l'après-guerre, la notion d'infraction internationale par nature s'est consolidée au fil du développement du droit international pénal. Si elle est aujourd'hui pleinement acquise, cette notion n'en demeure pas moins mal circonscrite. On s'accorde généralement à reconnaître que les crimes qu'elle embrasse sont les plus graves qui soient, mais ce critère est bien trop fuyant pour fonder une définition notionnelle. Cette étude a pour objet de préciser le contenu et les contours de cette catégorie juridique particulière, par l'identification des critères stables des différents crimes relevant de cette catégorie, à savoir le crime d'agression, le crime de guerre, le crime contre l'humanité et le crime de génocide. La structure juridique de ces infractions fournit un point de départ propice à cette analyse. Toutes sont en effet articulées autour de deux éléments, l'un dit élément contextuel, l'autre dit élément individuel. La systématisation des infractions à travers ces deux composantes est concluante. Elle permet d'identifier des critères de définition permettant de couvrir l'ensemble des crimes considérés, de les réunir en une notion unitaire et ainsi de révéler toute l'originalité du comportement sanctionné par la notion d'infraction internationale par nature.

Mots clés : droit international pénal ; infraction internationale par nature ; génocide ; crime contre l'humanité ; crime de guerre ; crime d'agression ; responsabilité pénale ; justice pénale internationale

TOWARDS A STRUCTURAL ANALYSIS OF INTERNATIONAL CRIMES

Abstract : The notion of international crimes by nature appeared with the post-war trials and has strengthened along with the development of international criminal law. If today the notion is fully recognized, it is still ill defined. It is generally recognized that the notion contains the most serious crimes but this criterion is much too elusive to be the basis of the notion's definition. The purpose of the study is to clarify the contents and outlines of this particular legal category, by identifying stable criteria from the category's crimes, that is to say crime of aggression, war crime, crime against humanity and genocide. Their legal structure provides a suitable starting point for the study. Indeed, all the crimes are organized around two elements : one contextual element and one individual element. The systematization of the crimes through these two components is conclusive. Such a systematization enables the identification of criteria to cover all the crimes considered and to gather them under a unitary notion. Therefore, the systematization reveals the originality of the conduct punished by the notion of international crimes by nature.

Key words: international criminal law ; core international crimes ; genocide ; crime against humanity ; war crimes ; crime of aggression ; international justice ; criminal liability

---

Institut de Sciences criminelles et de la Justice (EA 4633 ISCJ)
Université de Bordeaux – 4, rue du Maréchal Joffre – CS 61752 – 33075 BORDEAUX CEDEX

À Pierre

REMERCIEMENTS

Mesdames les Professeurs Amane Gogorza et Valérie Malabat, je ne saurais trop vous remercier d'avoir accepté de m'accompagner et de me guider dans cette entreprise passionnante. Merci pour votre confiance, votre soutien et votre bienveillance tout au long de ces années de thèse.

Thomas Herran, merci pour ton attention constante, ta disponibilité sans faille et ton oreille attentive depuis les premiers instants, jusqu'aux derniers.

Sarah-Marie Cabon, merci d'être toujours là, en dépit de la distance qui nous sépare.

Je remercie également mes amis, pour leur sollicitude et leurs encouragements, en particulier Marie Touron pour sa prévenance quasi quotidienne, Clarisse Marot pour son assistance aux multiples facettes et son enthousiasme immuable et Guillaume Lamouroux, pour m'avoir prêté un peu de sa rigueur lors de ma dernière soirée de doctorat et plus largement pour m'avoir à maintes reprises épaulée au cours de ces rudes mais si belles années.

Adeline Costes, Barbara Drevet, Nathanaël Lesdel et Valentin Weber : merci d'avoir facilité la réalisation de ce travail par vos relectures consciencieuses ou toutes autres formes d'aides essentielles.

Merci à ma famille et la famille Thiberge pour leur compréhension et leur soutien permanent.

Enfin, Pierre, merci pour ta patience et ton dévouement inconditionnel lors de cette fin de thèse. Merci d'avoir toujours cru en moi.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Adde	*Addendum* (ajouter)
AFDI	Annuaire français de droit international
Art.	Article
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la cour de cassation
CDI	Commission du droit international
CEDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
Ch. prélim.	Chambre préliminaire
Ch. prem. inst.	Chambre de première instance
CIJ	Cour internationale de justice
CPI	Cour pénale internationale
C. pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
D.	Recueil Dalloz
Dr. pénal	Revue de droit pénal
EJIL	European Journal of International Law
Ibid.	*Ibidem* (au même endroit)
ICLR	International and Comparative Law Review
Infra	Ci-dessous
JICJ	Journal of International Criminal Justice
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP	Semaine juridique – Juris-Classeur Périodique, édition générale
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loc. cit.	*Loco citato* (à l'endroit cité précédemment)
LRTWC	Law Reports of Trials of War Criminals
N.b.p.	Note de bas de page
ONU	Organisation des Nations Unies
Op. cit.	*Opere citato* (dans l'ouvrage précité)
Préc.	Référence précitée
PUF	Presses universitaires de France
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye
RBDI	Revue belge de droit international
Rép. pén. Dalloz	Répertoire pénal Dalloz
RICR	Revue internationale de la Croix-rouge

RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
RGDIP	Revue générale de droit international public
RICR	Revue internationale de la Croix-Rouge
RSC	Revue de sciences criminelles et de droit comparé
s.	Suivants
SFDI	Société française pour le droit international
Supra	Ci-dessus
TMI	Tribunal militaire international
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie
TSSL	Tribunal spécial pour la Sierra Leone
v.	voir

SOMMAIRE

PARTIE 1. L'ELEMENT CONTEXTUEL DE L'INFRACTION INTERNATIONALE

Titre 1. La finalité de l'entreprise d'ensemble

Chapitre 1. La cible de l'entreprise d'ensemble
Chapitre 2. Le but de l'entreprise d'ensemble

Titre 2. La matérialité de l'entreprise d'ensemble

Chapitre 1. La dimension collective de l'entreprise d'ensemble
Chapitre 2. La massivité de l'entreprise d'ensemble

PARTIE 2. L'ELEMENT INDIVIDUEL DE L'INFRACTION INTERNATIONALE

Titre 1. Un fait de participation objectif à l'entreprise d'ensemble

Chapitre 1. Un acte d'exécution de l'entreprise d'ensemble
Chapitre 2. Un acte d'organisation de l'entreprise d'ensemble

Titre 2. Un fait de participation subjectif à l'entreprise d'ensemble

Chapitre 2. L'adhésion au projet d'ensemble
Chapitre 2. L'intention de participer à l'entreprise d'ensemble

INTRODUCTION

1. « *Ces crimes, me semble-t-il, ne peuvent plus être abordés juridiquement, et c'est dû à leur monstruosité (...). Cela veut dire que cette faute, contrairement à toute faute criminelle, dépasse et casse tous les ordres juridiques* »[1]. En témoin attentif de la seconde guerre mondiale, Hannah Arendt s'interrogeait en ces termes sur la capacité du Droit à relever le défi du jugement des exactions commises par le régime nazi au cours de la guerre. Ces crimes dépassaient les limites de l'entendement humain et allaient jusqu'à sidérer la loi : aucune qualification ni aucune catégorie juridique ne permettaient de les décrire convenablement. Pour surmonter la faillite du droit existant, quelle autre solution qu'un droit nouveau ? On vit ainsi émerger un ordre juridique inédit et conçu à propos pour juger les responsables de la seconde guerre. Ce droit de nécessité est ensuite devenu un droit permanent, que l'on désigne communément par son objet : le droit des infractions internationales. Offre-t-il des réponses satisfaisantes à la criminalité de masse ? Certainement, même si la notion d'infraction internationale est assurément aussi mal définie qu'elle est connue de tous.

2. Notion d'infraction. – Ce droit de nécessité emprunte au droit pénal l'une de ses notions cardinales : celle *d'infraction*. Issu du latin *infractio*, qui signifie l'« *action de briser* »[2], le terme évoque, d'emblée, l'idée d'une rupture, d'une transgression. L'étymologie est éclairante car c'est effectivement l'existence d'une coupure entre l'homme et la société[3] qui constitue le point d'ancrage de la notion d'infraction et, par extension, du droit pénal : l'infraction s'entend d'un comportement qui, étant identifié comme intolérable pour l'ordre public, est interdit par la loi sous la menace d'une peine[4]. Apparaît alors la seconde notion clef du droit pénal, laquelle exprime à elle seule tout l'enjeu de cet ensemble normatif qu'elle qualifie : la peine. Par essence, le droit pénal est en effet un droit punitif. Il organise un pouvoir sanctionnateur, exercé par l'État au nom de la société, qui s'extériorise dans l'infliction d'un mal à l'encontre de celui qui se rend coupable d'une infraction[5]. Si l'on comprend, ainsi, que l'infraction est à la source du droit de punir, il reste que son contenu n'en sort pas vraiment éclairé. En réalité, la sanction est surtout utile pour identifier une infraction pénale, mais elle est peu significative de sa substance.

---

[1] H. ARENDT et K. JASPERS, *Correspondance (1926-1969)*, Lettre du 17 août 1946, L. Köhler et H. Saner (éd.)., trad. E. Kaufholz-Messmer, Paris, Payot, 1996, p. 100.
[2] J. DUBOIS, H. MITTERAND et A. DAUZAT (Dir.), *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 2011, - *v°* « infraction ».
[3] A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, préf. A. Decocq, Paris, LGDJ,1982, n°18.
[4] J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, Thémis, 6ème éd refondue, 2005, p. 71 ; X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 11ème éd., 2020, n°2 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 6ème éd., 2018, n°161.
[5] J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit*., p. 54 ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°2 ; C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, Paris, Hachette, coll. fondamentaux, 1994, p. 7.

Afin de la préciser, la doctrine pénaliste a coutume de décomposer la notion d'infraction en divers éléments constitutifs[6]. Mais les constructions varient selon les auteurs, certains reconnaissant des éléments que d'autres rejettent. Toujours est-il que l'on peut dégager, de l'ensemble des conceptions embrassées, quatre éléments : les éléments légal, matériel, moral et injuste. Le premier, l'élément légal, renvoie au texte de loi définissant l'interdit frappé d'une peine – l'incrimination –[7]. Cette condition fait écho à l'un des principes cardinaux du droit pénal, le principe de légalité, en vertu duquel il ne peut y avoir d'infraction, ni de peine, sans loi[8]. Vient ensuite l'élément matériel, qui a trait aux caractéristiques objectives du fait interdit. Autrement dit, il détermine le comportement punissable, dans sa forme extérieure (sa nature d'omission ou d'action, sa durée, ses effets *etc*…)[9]. L'élément moral correspond, quant à lui, à la dimension subjective de l'infraction : il s'analyse en un état d'esprit fautif qui peut aussi bien être intentionnel que non intentionnel[10]. Enfin, l'élément injuste, qui est assurément le plus controversé[11], valorise l'antisocialité du comportement ou, plus précisément, son « *antijuridicité* »[12] : il s'entend de l'atteinte extériorisant le trouble à l'ordre social, dans laquelle est ancrée la nécessité du droit de punir[13].

Cette division de l'infraction en quatre éléments a beau être utile pour organiser l'étude de la notion, elle n'apporte pas véritablement de nouvelles données d'interprétation. Finalement, on en revient à la définition liminaire : l'infraction consiste en un comportement (éléments matériel et moral) qui, extériorisant un trouble pour l'ordre public (élément injuste), est interdit par la loi sous la menace d'une peine (élément légal). En réalité, il est impossible de décrire plus spécifiquement le contenu substantiel de la notion d'infraction, car celle-ci embrasse un ensemble d'agissements si variés, en nature, qu'il faut nécessairement un tel degré d'abstraction pour pouvoir englober toutes les situations existantes. Il faut donc admettre que

---

[6] J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », *RSC* 1977, pp. 269-284.

[7] Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7ème éd., 2004, n°219.

[8] Le principe de légalité constitue un principe fondamental du droit pénal, qui est prévu à l'article 111-3 du Code pénal français. En vertu de ce principe, il ne peut y avoir ni crime, ni peine, sans loi (« *nullum crimen, nulla poena, sine lege* »). Celui-ci se dédouble en deux exigence : celle de l'existence préalable d'un texte d'incrimination (légalité formelle) et celle de la précision et la clarté du texte d'incrimination, qui gage de l'accessibilité de l'interdit pénal (légalité matérielle). Sur le principe de légalité criminelle, v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°96 et s. Sur les aspects formel et matériel du principe, v. C. CLAVERIE-ROUSSET, « La légalité criminelle », *Dr. pénal* 2011, étude 16, n°1.

[9] Sur les différentes manifestations de l'élément matériel dans la théorie de l'infraction, v. not. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit*., p. 203 et s. ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°320 et s. ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°172 et s.

[10] On trouve encore les expressions d'élément « psychologique », élément « intellectuel », élément « subjectif » voire « élément intentionnel » pour désigner cet état d'esprit coupable. Sur les différentes manifestations de l'élément moral dans la théorie de l'infraction, v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°349 et s. ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°197 et s.

[11] La plupart des auteurs dénient la valeur constitutive de l'élément injuste, soit en réfutant purement et simplement sa nature de condition infractionnelle, soit en le réduisant à une condition négative de l'élément légal (l'absence de fait justificatif : v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°214).

[12] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 7ème éd., 1967, n°435, p. 560.

[13] J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit*., p. 225. *Adde* : X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°226. Pour un approfondissement et une mise en application de la notion d'élément injuste, v. *infra*, n°144 et s.

la notion d'infraction constitue une « *notion "fourre-tout" capable d'embrasser tous les genres et toutes les espèces d'agissements illégaux* »[14] et par-là même incapable de renseigner sur l'essence du phénomène criminel qui nous intéresse.

3. Notion d'infraction internationale. – L'adjectif « international » vient-il préciser la teneur des agissements illicites considérés ? De prime abord, on pourrait le penser, puisque celui-ci permet effectivement identifier l'ordre juridique dont ressortent les règles violées par l'infraction et, partant, de préciser le domaine d'intervention de la criminalité en question. Mais en réalité, ce qualificatif génère plus de confusions qu'il n'en dissipe. En effet, étant entendu qu'est international ce qui concerne différentes Nations – au sens d'États –, toute infraction relevant de l'intérêt commun de plusieurs États s'analyse, par définition, en une infraction internationale. Or, la cause de cet intérêt commun peut varier et, avec elle, la consistance de l'internationalité de l'infraction.

4. Les infractions internationales par leur mode de commission. – L'internationalité de l'infraction peut, en premier lieu, procéder de son *mode de commission*. Cette situation se présente lorsqu'une infraction revêt un élément d'extranéité par lequel elle entre en contact avec un ordre juridique étranger[15]. Cela peut être le cas, par exemple, du crime perpétré en France contre un ressortissant étranger, mais encore du crime commis par un français au préjudice d'un autre français, sur un territoire étranger. Si ce cas de figure génère effectivement un problème pénal au plan international, puisque se pose alors la question de la compétence répressive des États concernés aux fins de la poursuite du crime commis, il reste que l'internationalité de l'infraction est purement contingente : elle tient, en définitive au caractère transfrontière de son exécution ou de ses effets[16]. Cette première catégorie d'infraction internationale peut paraître, en cela, mal dénommée[17] puisqu'elle couvre en réalité des infractions internes ayant pénétré l'ordre international par le seul jeu des circonstances. D'ailleurs, on utilise généralement le qualificatif d'« *infraction transnationale* »[18] pour désigner cette première forme de criminalité, lequel suggère que ce sont effectivement les intérêts nationaux, et donc les intérêts propres des États, qui sont affectés au premier plan. Toute la question étant en l'occurrence de résoudre un

---

[14] L. CONDORELLI, « La définition des infractions internationales – Présentation de la 2ème partie », *Droit international pénal*, Dir. H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet, Paris, Pedone 1ère éd., 2000, p. 241.
[15] A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, coll. Thémis, 2005, n°3. V. aussi : F. BELLIVIER, M. EUDES, I. FOUCHARD, *Droit des crimes internationaux*, PUF, coll. Thémis Droit, 2018, n°4.
[16] D. REBUT, *Droit pénal international*, Dalloz, Précis, 3ème éd., 2019, n°914.
[17] C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, Précis, 2ème éd., 1979, n°16.
[18] V. à cet égard, l'article 3 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, dite « Convention de Palerme », adoptée à New-York le 15 novembre 2000. Cet article expose, en son alinéa 2, qu' « *une infraction est de nature transnationale si* : *a) Elle est commise dans plus d'un État ; b) Elle est commise dans un État mais qu'une partie substantielle de sa préparation, de sa planification, de sa conduite ou de son contrôle a lieu dans un autre État ; c) Elle est commise dans un État mais implique un groupe criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un État ; ou d) Elle est commise dans un État mais a des effets substantiels dans un autre État ».*

conflit de compétence entre différents espaces répressifs, il apparaît que les intérêts des États concernés sont concurrentiels avant d'être communs. Au reste, une fois déterminées les compétences étatiques, la réponse pénale apportée est organisée au niveau national, en vertu des incriminations et des règles répressives prévues au plan interne.

5. Les infractions internationales par leur source. – Parce que le caractère transfrontière des infractions peut compliquer, voire neutraliser, la répression, en rendant difficile l'arrestation du criminel et, plus largement, le recueil des éléments de preuve, les États peuvent toutefois décider de s'unir en vue de renforcer l'efficacité de la réponse pénale. Cela les conduit à adopter des instruments de collaboration interétatique – le plus souvent par voie conventionnelle – qui peuvent porter l'incrimination internationale de certaines formes de criminalité transnationale, transrégionale voire globalisée. D'internationale par son mode de commission, l'infraction devient alors internationale par *son mode d'incrimination*, en se trouvant définie par une Convention.

Dans cette perspective, l'internationalisation de l'infraction est utilitaire[19]. L'enjeu est de favoriser la répression d'une forme de criminalité particulière et le processus d'internationalisation n'a finalement aucune autre limite que la volonté des États de s'associer aux fins d'organiser, en aval, une chaine de coopération devant renforcer la lutte contre des infractions menaçant leurs intérêts communs. Or, la délinquance internationale n'ayant cessé de croître à mesure de la mondialisation des relations humaines, économiques et technologiques entre les peuples, les instruments conventionnels agençant la réaction défensive et solidaire des États se sont irrésistiblement développés. La catégorie des infractions internationales par leur source est ainsi extrêmement étendue. Elle embrasse des comportements illicites aussi multiples que multiformes : le faux monnayage[20], la piraterie[21], les atteintes à la sécurité de l'avion civile[22], la prise d'otage[23], le trafic de drogue[24], la corruption[25] ou encore le terrorisme[26] en sont quelques exemples choisis.

---

[19] F. BELLIVIER, M. EUDES, I. FOUCHARD, *Droit des crimes internationaux*, *op. cit*., n°7 et n°56 et s. V. aussi : V. MALABAT, « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal », *Dr. pén*. 2006, p. 23, n°5 et s.

[20] Convention internationale pour la répression du faux monnayage, signée à Genève le 20 avril 1929.

[21] Convention pour la répression des actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, adoptée à Rome le 10 mars 1988.

[22] Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, La Haye, 16 décembre 1970.

[23] AGNU, Convention internationale contre la prise d'otages, U.N. Doc. A/Res/34/146, adoptée à New York le 17 décembre 1979.

[24] Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, Doc. NU E/Conf. 82/15, adoptée à Vienne le 19 décembre 1988.

[25] Convention des Nations Unies contre la corruption, U.N. Doc. A/Res/58/4, adoptée à Merida le 31 octobre 2003.

[26] Le terrorisme fait l'objet de diverses instruments Conventionnels visant à le définir comme illicite. Au plan international, on peut citer la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, U.N. Doc. A/Res/52/164, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 décembre 1997. Au plan régional, et plus précisément dans le cadre de l'Union Européenne, on peut citer la directive 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil, Journal officiel de l'Union européenne, L88, 31 mars 2017.

Bien que ces infractions de source internationale soient communément présentées comme des crimes internationaux, cette qualification est sujette à caution. Techniquement, ces Conventions ne créent pas des infractions internationales, faute pour celles-ci d'assortir la description du comportement illicite d'une sanction pénale[27]. En réalité, ces instruments juridiques se bornent simplement à énoncer, de façon plus ou moins précise, les éléments constitutifs des infractions considérées afin de délimiter le champ d'application de la coopération pénale instituée[28]. Leur incrimination[29] et leur répression effectives se trouvant dévolues à la compétence des ordres juridiques nationaux puisque ce sont les instances législatives des pays signataires qui vont établir, en définitive, la définition et la sanction de ces infractions, on peut en somme voir dans cette deuxième catégorie des *infractions de droit interne* devenues internationales, par l'effet d'une convention, pour les besoins spécifiques de la répression[30]. L'expression « *droit pénal international* » est fréquemment employée pour désigner ce corps de règles dont l'internationalité tient essentiellement aux modalités de mise en œuvre d'une norme pénale interne[31].

6. Les infractions internationales par leur nature. – Il est, enfin, une troisième catégorie d'infractions internationales, laquelle se démarque nettement des deux premières évoquées. D'abord parce que les crimes envisagés peuvent ne présenter aucun élément d'extranéité et, ensuite, parce que leur internationalisation n'est ni accidentelle ni utilitaire : elle exprime plutôt « *une certaine conception philosophique, celle d'une communauté universelle transcendant la pluralité des sociétés étatiques, qui justifie la pénalisation et l'internationalisation* »[32]. En effet, ces crimes dépassent les particularités et les intérêts propres des ordres publics nationaux, en venant directement léser des intérêts universels[33] : c'est, ainsi, un critère matériel, tenant à l'objet de l'infraction considérée et plus précisément à la nature

---

[27] A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, *op. cit*., n°4.

[28] I. FOUCHARD, « De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes », *RIEJ*, 2013/2, vol. 71, p. 59.

[29] Si l'instrument conventionnel livre une définition de l'infraction, celle-ci va devoir être transposée dans le droit interne des États concernés pour que l'interdit pénal entre en vigueur. Ainsi l'édiction de l'incrimination ressort-elle, en définitive, de la compétence du législateur interne. On peut d'ailleurs souligner que cette intégration du texte dans l'ordre juridique national peut générer certains problèmes d'harmonisation des législations internes si la formulation de l'incrimination varie selon les lois nationales : v. V. MALABAT, « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal », préc., p. 24, n°7.

[30] C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, *op. cit*., p. 177 ; H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, p. 95, n°7 ; I. FOUCHARD, « De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes », préc., p. 62. *Adde* : *Ann. CDI*, 1983, vol.II(1), p. 148, n°34.

[31] S. GLASER, *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Bruylant – Sirey, 1954, p. 7 ; C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, *op. cit*, n°17 (qui critique, toutefois, cette désignation) ; V. O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, Paris, Pedone, coll. études internationales, 2012, p. 5 ; F. BELLIVIER, M. EUDES, I. FOUCHARD, *Droit des crimes internationaux*, *op. cit*., n°9.

[32] H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET, *Droit international pénal*, *op. cit*., p. 94, n°5.

[33] J. DAUTRICOURT, « Nature et fondement du droit pénal universel », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1949-1950, n°10, pp. 1024-1061 (spéc. p. 1030 et s.) qui parle de crimes contre « *l'ordre public universel* ».

internationale de la valeur à laquelle elle porte atteinte, qui détermine cette dernière catégorie criminelle[34]. Le processus d'internationalisation ne traduit donc pas seulement un intérêt répressif partagé des États, mais plus fondamentalement la *réprobation* unanime de l'infraction, par l'ensemble de la société internationale.

Pour marquer cette rationalité proprement internationale des infractions envisagées, on les qualifie le plus souvent d'infractions internationales *par nature* d'après l'expression consacrée par le Doyen LOMBOIS[35], quoique certains préfèrent parler d'infraction *supranationale*[36] ou encore d'infraction *universelle*[37]. Derrière ces vocables changeants se profile toutefois une catégorie à la cohérence substantielle appuyée. Elle dénote une dynamique d'internationalisation complète de l'infraction, depuis son incrimination, dans son double versant matériel – la réprobation à l'origine de l'incrimination – et formel – la norme d'incrimination elle-même –, jusqu'à sa sanction, qui est appliquée et exécutée au nom de la communauté internationale elle-même.

Par comparaison aux autres types de criminalité internationale précédemment évoqués (par leur mode de commission ou d'incrimination), il n'est plus ici question d'une internationalisation du droit pénal mais plutôt d'une pénalisation de l'ordre international. Pour le signifier, on qualifie le corps de règles se rapportant aux infractions internationales par nature de « *droit international pénal* », par opposition à l'expression « *droit pénal international* », le déplacement de l'épithète ayant vocation à montrer que ce corps normatif est international par son objet[38]. Si cette pénalisation de l'ordre international révèle l'émergence d'un véritable ordre public universel, elle manifeste par ailleurs un renversement de la conception classique de la société internationale et du paradigme de la souveraineté, puisque des intérêts primant ceux des États sont reconnus. Plus qu'à une simple évolution du droit international, on assiste ainsi à une

---

[34] Cette approche a été conceptualisée par la doctrine classique, v. not. C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, *op. cit*., n°33 et s. ; S. GLASER, *Infraction internationale, ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, Paris, LGDJ, 1957, p. 9 et, du même auteur, *Introduction à l'étude du droit international pénal*, *op. cit*., pp. 7-8 ; S. PLAWSKI, *Étude des principes fondamentaux du droit international pénal*, Paris, LGDJ, 1972, n°24. Cette approche de l'infraction internationale par nature à l'aune de ce critère matériel est aujourd'hui tenue pour acquise. Pour des présentations contemporaines, v. D. REBUT, *Droit pénal international*, *op. cit*, n°4 (qui critique toutefois ce critère, qu'il estime trop vague : *ibid*., n°913) ; O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, *op. cit*., p. 3 et s. ; F. BELLIVIER, M. EUDES, I. FOUCHARD, *Droit des crimes internationaux*, *op. cit*., n°10 et n°30 et s. ; A. CASSESE et P. GAETA, *Cassese's international criminal law*, Oxford University Press, 3ème éd., 2013, p. 20 ou encore : I. FOUCHARD, « De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes », préc., p. 62 et s.

[35] C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, *op. cit*., n°33 et sp.

[36] V. not. F. BELLIVIER, M. EUDES, I. FOUCHARD, *Droit des crimes internationaux*, *op. cit*., n°10.

[37] V. not. *Ann. CDI*, 1986, vol.II(1), p. 83.

[38] V. *supra*, n°5 et les références citées à la note de bas de page n°29. V. cependant : D. REBUT, *Droit pénal international*, *op. cit*., n°2 ou encore M. MASSE, « A la recherche d'un plan, peut-être même d'un titre, pour une nouvelle discipline juridique », *Apprendre à douter : questions de droit, questions sur le droit – études offertes à Claude Lombois*, Limoges, PULIM, 2004, pp. 721-726, spéc. p. 725.

véritable « *révolution* » de cet ordre juridique, « *au sens physique du terme, puisque l'organe qui se situait au-dessus – l'État – se retrouve subitement au-dessous* »[39].

C'est cette dernière classe d'infractions internationales – et, somme toute, les seules véritables *infractions internationales* qui soient, au sens strict du terme – qui retiendra notre attention dans cette étude.

7. La délimitation de la catégorie des infractions internationales par nature. – La catégorie des infractions internationales par nature s'est dessinée à mesure des réactions juridiques ayant été opposées à cette forme de criminalité dite universelle. Sans en relater toutes les manifestations historiques[40], on peut relever certains procès précurseurs. Celui de Conradin Von Hohenstoufen, par exemple, tenu à Naples en 1268, qui s'est soldé par la mise à mort de l'intéressé, reconnu coupable d'avoir déclenché une « guerre injuste »[41]. On peut également évoquer le cas de Peter Von Hagenbach qui fut jugé par un tribunal composé de vingt-huit juges des États alliés du Saint-Empire romain germanique – un tribunal « international », donc –, à Breisach en Allemagne, en 1474 pour avoir commis des crimes contre « les lois de Dieu et des hommes » au cours d'une période d'occupation militaire[42]. Déclaré coupable, il fut condamné à être privé de sa dignité de chevalier. Plus significatives, encore, sont les dispositions du Traité de Versailles de 1919 qui organisaient la sanction des responsables des crimes commis au cours de la première guerre mondiale. Celles-ci prévoyaient l'institution d'un tribunal international[43] afin de juger le Kaiser Guillaume II de Hohenzollern pour « *offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités* »[44] – ce qui, concrètement, renvoyait au déclenchement de la guerre – et plus largement toutes « *les personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre* »[45]. Ces ambitions sont, toutefois, restées à l'état de velléité[46]. Il fallut attendre la seconde guerre mondiale pour qu'une telle entreprise soit reconduite, cette fois avec succès. Pour la première fois, il fut véritablement institué et mis en œuvre un système de responsabilité pénale découlant directement du droit international. Bien évidemment, cela supposait de définir le fait générateur de cette responsabilité et c'est ainsi que les infractions internationales par nature accédèrent à la vie juridique. Les Statuts des

---

[39] A. GARAPON, « De Nuremberg au TPI : naissance d'une justice universelle ? », *Critique internationale*, vol. 5, 1999, p. 168.
[40] Pour un tel historique, v. par exemple à l'étude de C. BASSIOUNI, « Projet de Code pénal international », *RIDP* 1981, Erès, p. 43 et s. ou encore : C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, *op. cit*., n°41 et s. et n°56 et s. ; D. REBUT, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°996-1009 ; J.-F. THONY, « Aperçu historique et géopolitique de la justice pénale internationale », *Justice pénale internationale, les nouveaux enjeux de Nuremberg à La Haye*, dir. Ph. Greciano, Mare & Martin, coll. droit et sciences politiques, 2016, pp. 25-31.
[41] *Ibid*., p. 54.
[42] *Ibid*.
[43] Traité de Versailles du 28 juin 1919, art. 227.
[44] *Ibid*.
[45] Traité de Versailles du 28 juin 1919, art. 228.
[46] La mise en accusation de Guillaume II n'a jamais donné de suite en raison du refus des Pays-Bas de procéder à son extradition. Les procès des criminels ont quant à eux bien eu lieu, mais ils ont néanmoins été soustraits à toute justice internationale puisqu'ils se sont finalement tenus devant le Tribunal allemand de Leipzig.

juridictions militaires internationales de l'après-guerre en identifièrent trois. Le crime contre la paix, d'abord, voué à sanctionner les responsables des guerres conduites par les pays de l'Axe[47]. Le crime de guerre, ensuite, qui se déclinait en un ensemble de violation des lois et coutumes de la guerre[48] et enfin, le crime contre l'humanité dont l'incrimination, contrairement à celle des crimes précédents, faisait véritablement figure d'innovation en ce sens qu'aucun instrument juridique n'avait encore jamais consacré une telle infraction. Les Statuts des TMI la définissaient comme « *l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux* » et précisaient, par ailleurs, que de tels agissements étaient criminels « *qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés* »[49]. Quelques années plus tard, une Convention sera adoptée par les Nations Unies portant l'incrimination d'une quatrième infraction internationale par nature, le génocide, qui s'entend d'un acte criminel commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel[50]. L'instauration des tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY) et pour le Rwanda (TPIR) a confirmé l'érection de cette dernière infraction au rang de crime de droit international puisqu'elle a été intégrée à la compétence matérielle de ces juridictions, en sus du crime de guerre et du crime contre l'humanité[51]. La création de la Cour pénale internationale (CPI), par le traité de Rome du 17 juillet 1998, a confirmé cette délimitation de la catégorie infractionnelle et consolidé leur incrimination, en leur conférant une portée universelle et permanente. En l'état actuel du droit international pénal, on compte en définitive quatre infractions internationales par nature : le crime d'agression (expression actuelle du crime contre la paix), le crime de guerre, le crime contre l'humanité et le crime de génocide.

---

[47] Art. 6 al. a) du Statut du Tribunal militaire international (TMI) de Nuremberg ; art. 5 al. a) du Statut du TMI de Tokyo. Le crime contre la paix était précisément défini comme « *la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent* ».

[48] Art. 6 al. b) du Statut du TMI de Nuremberg ; art. 5 al. b) du Statut du TMI de Tokyo. Les Statuts des TMI définissaient les crime de guerre comme « *les violations des lois et coutumes de la guerre* » et ajoutaient que « *ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires* ».

[49] Art. 6 al. c) du Statut du TMI) de Nuremberg ; art. 5 al. c) du Statut du TMI de Tokyo A noter que ces articles subordonnaient la répression de l'infraction à la condition que les crimes aient « *été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime* ».

[50] AGNU, Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide adoptée à Paris le 9 décembre 1948, art. 2.

[51] A noter que l'incrimination du crime contre la paix n'a pas été reconduite par les Statuts des TPI, ce qui s'explique par le contexte d'institution de ces juridictions : celles-ci ont été instaurées pour connaître des crimes commis au cours de conflits *particuliers*, à savoir le conflit survenu en ex-Yougoslavie et le conflit rwandais. Or, ces situations n'ayant aucunement impliqué la réalisation d'un crime d'agression, l'incrimination de cette infraction était dépourvue d'objet.

8. La résistance des infractions internationales par nature à la systématisation. – Cela étant, une chose est de reconnaître l'existence de ces infractions internationales par nature et d'exposer leurs illustrations respectives, une autre est de procéder à leur systématisation. Bien qu'elles soient peu nombreuses, il se révèle en effet assez malaisé d'identifier des traits communs aux différents crimes envisagés et ainsi d'esquisser un schéma notionnel de l'infraction internationale par nature. Cette difficulté, toutefois, n'est pas propre au droit international pénal. Si l'on en croit les Professeurs MERLE et VITU, la classification des différentes espèces d'infractions en un ensemble structuré et cohérent est toujours délicate ; « *ce qui rend le crime rebelle à la synthèse* », expliquent-ils, « *c'est la mobilité, l'inconstance des critères législatifs, des critères judiciaires et des critères populaires qui concourent à sa définition* »[52]. Cette idée se vérifie, dans toute sa pertinence, lorsqu'on la transpose au droit international pénal, ce qui n'empêche pas qu'elle y trouve des manifestations particulières, propres à l'ordre juridique considéré.

9. L'inconstance des critères législatifs de l'infraction internationale par nature. – La systématisation de l'infraction internationale est tout d'abord compliquée par l'inconstance, voire l'inconsistance, de la définition légale des crimes relevant de cette notion. Cette carence est à rapprocher des modalités de leur incrimination. En effet, le droit international pénal est le fruit d'un processus de codification non seulement très long, mais surtout grandement désordonné. Plusieurs facteurs perturbent sa construction et conduisent à l'édiction d'incriminations dont la forme ou le contenu peuvent être sujets à caution.

La première source de complexité découle de la méthode appliquée à l'élaboration du droit des infractions internationales. Son contenu n'a jamais été définitivement arrêté, ni au moment de l'avènement de ce nouveau droit, à l'issue de la seconde guerre mondiale, ni par l'adoption du Statut de Rome qui porte, pourtant, l'institution d'une juridiction internationale à vocation universelle et permanente[53]. En réalité, la plupart des infractions internationales n'ont cessé d'évoluer depuis qu'elles ont vu le jour, parce que leur conceptualisation est appuyée sur une observation empirique des phénomènes criminels dont elles assurent la répression. À chaque nouvel évènement tragique, les incriminations sont ainsi précisées et enrichies de nouveaux critères constitutifs. Il n'y a guère que la définition du crime de génocide qui n'ait jamais été remaniée. Celles du crime de guerre et du crime contre l'humanité ont été modifiées par chaque nouveau texte d'incrimination et le crime d'agression a quant à lui a été refondu jusque dans sa dénomination même. À cela s'ajoute que le poids de l'Histoire est parfois tel que certains éléments conjoncturels ont pu être érigés en critères constitutifs des infractions. Le

---

[52] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 7ème éd., 1967, n°23.

[53] En soi, la définition des infractions internationales par le Statut de Rome est établie aux seules fins d'établir la compétence *ratione materiae* de la Cour pénale internationale ; elle ne créée donc pas un Code des infractions internationales par nature à vocation générale. V. O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, *op. cit*., p. 37.

crime contre l'humanité peut en être pris pour exemple. À trois reprises, son incrimination a été conditionnée en contemplation de la contingence des évènements réprouvés. Ce fut le cas, d'abord, des incriminations prévues par les Statuts des TMI qui subordonnaient la répression du crime contre l'humanité à sa connexité avec l'un des autres crimes relevant de la compétence de ces tribunaux, à savoir un crime contre la paix ou d'un crime de guerre[54]. Une semblable condition se retrouve, ensuite, dans le Statut du TPIY : l'incrimination du crime contre l'humanité exigeait alors le rattachement du crime à une situation de conflit armé international ou interne[55]. L'incrimination posée par le Statut du TPIR délaissa, quant à elle, le critère du lien avec un conflit armé mais posa une condition d'intention discriminatoire du criminel contre l'humanité[56]. Ces critères n'ont jamais été généralisés ; leur application a ainsi été réduite aux seules situations dont ils étaient censés refléter la teneur. Cette description des infractions à la faveur des circonstances propres à chaque cause est regrettable, puisqu'elle entame la stabilité et, avec elle, la cohésion des incriminations.

Un autre facteur de complexité tient à la nature hybride du droit international pénal. Comme sa dénomination l'indique, celui-ci est né de la jonction de deux branches du droit, le droit pénal et le droit international, dont les logiques sont fondamentalement opposées. En effet, ces deux corps normatifs n'ont pas les mêmes sujets ni, partant, les mêmes finalités : le premier traite de la responsabilité des individus ; le second, de celle des États. De même, ils répondent à des principes juridiques différents. Par exemple, le principe de légalité criminelle, en vertu duquel il ne peut y avoir ni de crime, ni de peine, sans loi, constitue une règle fondatrice du droit pénal[57], que méconnaît complètement le droit international[58]. La désunion de ces deux

---

[54] Art. 6 al. c) du Statut du TMI de Nuremberg ; art. 5 al. c) du Statut du TMI de Tokyo. Ce critère avait essentiellement vocation à légitimer la répression du crime contre l'humanité, à défaut de texte d'incrimination préexistant. Ainsi, on subordonna sa répression à sa connexité avec d'autres crimes dont l'illicéité était acquise en droit international, le crime de guerre et le crime contre la paix, pour parer au reproche de la légalité criminelle. Sur cette question, v. not. H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *RCADI*, vol. 70, 1947, p. 525 et s. ou encore J. GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité », *RCADI*, vol. 76, 1950, pp. 543-544.

[55] Art. 5 du Statut du TPIY.

[56] Art. 3 du Statut du TPIR.

[57] Le principe de légalité criminelle s'applique au-delà de l'ordre interne (v. *supra*, n.b.p. n°8). Au niveau supranational, ce principe est non seulement érigé en règle fondatrice par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en son article 7, mais également reconnu par le droit international pénal. Le Statut de Rome est venu le consacrer en tant que *principe général du droit pénal* et il lui réserve en outre une place liminaire, ce qui est révélateur de sa prééminence. v. l'article 22 du Statut de Rome. Sur le principe de légalité en droit international pénal (et ses corollaires), v. not. : O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, *op. cit*., pp. 29-36 ; V. MALABAT, « Article 22 – *Nullum crimen sine lege* », *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article*, dir. J. Fernandez, X. Pacreau, M. Ubéda-Saillard, Paris, Pedone, 2ème éd., 2019, p. 979.

[58] O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, *op. cit*., p. 35. Comme l'explique cet auteur, il est difficile de parler de « principe de légalité » en droit international dans la mesure où il n'existe tout simplement pas de « loi » au sens formel du terme dans cet ordre juridique. De manière générale, cet ensemble normatif est un droit non-écrit, dont les sources principales sont la coutume et les principes généraux. Et même si la pratique conventionnelle s'étend de plus en plus, et avec elle les textes juridiques écrits, il reste que les prescriptions sont formulées dans des termes très généraux (pour laisser une plus grande marge de manœuvre aux États) ce qui permet difficilement d'en inférer des règles claires et précises, comme le commande le principe de

branches du droit soulève différentes difficultés[59] et peut notamment embarrasser la détermination des infractions et de leur régime – en particulier les règles de détermination des responsabilités – puisqu'il va falloir réussir à concilier les règles de deux systèmes juridiques *a priori* inconciliables. Il peut alors arriver qu'un critère juridique paraisse justifié du point de vue du droit international, en étant dans le même temps dépourvu de pertinence au regard de la logique pénaliste. Dans ces conditions : quelle conception faire prévaloir ? La réponse à cette interrogation risque fort de dépendre de l'affiliation juridique du commentateur, problème qui se pose avec une acuité particulière lorsqu'on le situe au cœur du processus d'incrimination : il en ressort que l'identification des critères des infractions internationales peut être guidée par le subjectivisme, au détriment de la cohérence d'ensemble de l'ordre juridique considéré.

Cette dernière remarque fait écho au troisième facteur de complexité du processus de criminalisation des infractions, lequel se rapporte à l'influence des acteurs de la codification sur le contenu substantiel de la norme d'incrimination. En droit international pénal, il n'y a pas de législateur. Les incriminations sont le fruit d'un accord de volonté entre différents représentants étatiques : le droit des infractions internationales est ainsi un droit *négocié*, à l'accent politique appuyé, ce qui peut altérer voire totalement neutraliser l'œuvre de codification. L'histoire l'a pleinement démontré. Au cours de la période de la guerre froide, soit presque pendant cinquante ans, la construction du droit international est restée à l'arrêt à raison de la perspective d'un conflit imminent dans lequel les grandes puissances ne voulaient pas faire figure d'accusés[60]. Mais la politique conduite par les grandes puissances peut encore affecter la détermination du contenu même des incriminations. La recherche d'un consensus au sein des délégations peut conduire à adopter une solution de compromis, quitte à ce qu'elle soit utilitaire. On déjà relevé, pour mieux en rendre compte, que l'exclusion des groupes politiques du champ du génocide est due à l'opposition de la délégation russe, opposition qui s'explique sans trop de difficulté par le fait que l'URSS menait, au même moment, une campagne d'extermination des opposants politiques[61]. Enfin, il est aussi possible que le compromis ne soit jamais trouvé, ce qui paralyse, de fait, le développement du droit international pénal. L'incrimination du crime d'agression a par exemple essuyé ce type de difficultés. Il a en effet fallu attendre 1974 pour que les États se mettent d'accord sur une définition de la notion d'agression[62], soit 22 ans de longues et intenses discussions avant de pouvoir aboutir à un accord

---

légalité que l'on connaît en droit pénal. *Adde* : S. GLASER, *Introduction à l'étude du droit international pénal*, *op. cit*., p. 81.

[59] En particulier, sur les difficultés relevant de l'application du principe de légalité au droit international, v. C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, *op. cit*., pp. 48-54. V. aussi : F. BELLIVIER, M. EUDES, I. FOUCHARD, *Droit des crimes internationaux*, *op. cit*., n°40-44. Pour d'autres considérations, plus générales, relatives à la délicate combinaison des droits international et pénal et aux problèmes pouvant en découler, v. A. GARAPON, « De Nuremberg au TPI : naissance d'une justice universelle ? », *Critique internationale*, vol. 5, 1999, p. 168.

[60] J.-F. THONY, « Aperçu historique et géopolitique de la justice pénale internationale », préc., p. 34.

[61] Sur ce point, v. *infra*, n°79.

[62] L'absence de définition de l'agression armée, avant cette date, n'a pas empêché sa condamnation. D'une part, le crime contre la paix, figure originelle du crime d'agression, a fondé la poursuite et la sanction des responsables des guerres d'agression conduites au cours de la seconde guerre mondiale. Ainsi, le fait que la notion d'agression

étatique sur la question. Puis, il fallut définir l'incrimination du crime d'agression en perspective de son intégration au Statut de Rome. À nouveau, les débats se prolongèrent. Les États furent incapables de s'accorder sur la définition de l'infraction lors du comité préparatoire et de la conférence de Rome, si bien que le crime d'agression fut consacré comme un crime international relevant de la compétence de la CPI, sans cependant pouvoir être appliqué. La mise en œuvre effective de sa répression fut en effet reportée à l'adoption d'une « *disposition (...) qui définira ce crime et fixera les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard* »[63]. Un consensus sera finalement trouvé à l'issue de la conférence de Kampala, le 11 juin 2010. En somme, l'élaboration de l'infraction aura pris près de 60 ans.

Ce triple caractère empirique, hybride et négocié du droit international pénal explique ainsi que les incriminations internationales puissent être grevées de certains vices entravant leur systématisation.

10. L'inconstance des critères judiciaires de l'infraction internationale par nature. – La précarité définitionnelle des incriminations internationales se répercute, nécessairement, sur l'office du juge pénal international. On admet, classiquement, que le rôle du juge pénal se résume à être « *la bouche qui prononce les paroles de la loi* »[64], selon la formule bien connue de Montesquieu. Cela n'exclut pas, bien sûr, une certaine marge d'appréciation de la norme : « *aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire* », puisqu'« *il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation* »[65]. Mais l'interprétation judiciaire doit rester *stricte*, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas outrepasser les prévisions de la loi et, en particulier, celles des textes d'incrimination.

---

ait été alors indéfinie n'a pas tenu en échec l'application de l'infraction. De même, on peut noter qu'avant les procès de l'après-guerre, l'agression armée avait déjà pu être interdite par des instruments conventionnels, tels que le Pacte de Briand-Kellogg, signé à Paris le 27 août 1928 ou le Projet de traité d'assistance mutuelle du 29 septembre 1923 établi sous l'égide la Société des Nations. Là encore, l'agression armée a bien été prohibée, même en étant indéfinie.
Pour un aperçu historique des étapes dans la définition de l'agression en droit international, v. J. ŽOUREK, « La définition de l'agression et le droit international : développements récents de la question », *RCADI*, vol. 92, p. 765. Plus particulièrement, pour une présentation des travaux de la Commission du Droit international sur cette question, v. *La commission du droit international et son œuvre*, New-York, Publication des Nations Unies, vol. 1, 7ème éd., 2009, pp. 109-113.

[63] Art. 5 § 2 du Statut de Rome : « *La Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définira ce crime et fixera les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard. Cette disposition devra être compatible avec les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies* ». Ce paragraphe a été supprimé du Statut de Rome lors de sa révision à la suite de la conférence de Kampala, conformément à l'annexe 1 de la résolution RC/ Res.6 du 11 juin 2010.

[64] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Nourse, 1772, t. 1, p. 200.

[65] CEDH, *Kononov c. Lettonie*, n°36376/04, 17 mai 2010, n°185.

Ce principe cardinal, désormais consacré par le Statut de Rome[66], ne peut toutefois être pleinement effectif que si la loi est suffisamment claire et précise. Or ces garanties ne sont pas toujours satisfaites en droit international pénal[67], de sorte que le juge est parfois contraint d'aménager son rôle d'interprète pour pouvoir traiter l'affaire portée à sa connaissance. Tel est le cas, notamment, lorsque les Statuts font peser sur le juge le travail de délimitation des infractions internationales, en posant des incriminations ouvertes, c'est-à-dire des incriminations définies par analogie, sans que soit précisée la matérialité du comportement qui en fait l'objet[68]. Le cas échéant, l'imprécision du texte met en échec toute possibilité d'interprétation *stricte*. Par la force des choses, les juges internationaux vont devoir expliciter l'incrimination pour pouvoir l'appliquer : c'est ainsi que l'interprétation devient *constructive*[69], au risque que les solutions varient alors selon les juridictions saisies. Cet aléa est au demeurant exacerbé par la composition internationale des tribunaux. Outre les problèmes de communication – et donc de raisonnement en commun – que peut générer la diversité des langues de travail[70], il est à craindre que les juges importent des principes issus de leur système juridique de rattachement pour expliquer la norme pénale. Ainsi, les solutions peuvent être amenées à diverger selon que le juge compétent répond de la tradition romano-germanique ou de la *common law*. La controverse parmi les juges de la Chambre d'appel du TPIY, au sujet de l'admission de la contrainte comme moyen de défense, en fait montre : la représentation prépondérante du système de *common law*, au sein de la Cour, a conduit au rejet de cette cause d'irresponsabilité pénale[71]. On peut légitimement penser que la solution inverse aurait pu

---

[66] Art. 22 al. 2 du Statut de Rome : « *La définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie. En cas d'ambiguïté, elle est interprétée en faveur de la personne qui fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation* ». Pour un commentaire de cette disposition, v. V. MALABAT, « Article 22 – *Nullum crimen sine lege* », préc., pp. 989-991.

[67] Le Statut de Rome le concède, implicitement, lorsqu'il admet que les juges peuvent subsidiairement appliquer les principes et règles issues du droit international conventionnel et coutumier, voire les lois nationales dans le cadre de leur office : v. l'article 21 du Statut de Rome.

[68] Par exemple, le crime contre l'humanité est défini par renvoi à une série de crimes sous-jacents dont le dernier est défini comme les « *autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale* » (art. 7 al. 1, k) du Statut de Rome). D'autres exemples d'infractions ouvertes peuvent être prises des incriminations du crime de guerre : v. les art. 8 al. 2, b, xxii) et 8 al. 2, e, vi) du Statut de Rome incriminant « *le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, telle que définie à l'article 7, paragraphe 2, alinéa f), la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle constituant une infraction grave aux Conventions de Genève* » (nous soulignons).

[69] Sur l'interprétation constructive de la jurisprudence et ses manifestations, v. MALABAT, « Article 22 – *Nullum crimen sine lege* », préc., p. 990-991.

[70] La multiplication des langues de travail pouvant, en outre, poser des problèmes de traductions faussant l'harmonisation des solutions applicables. V. par ex. *infra*, n.b.p. n°1106.

[71] Pour déterminer si la contrainte pouvait être appliquée, les juges ont pris en considération les lois internes afin de voir un principe général du droit se dégageait. Ils ont considéré quinze Code pénaux relevant du droit romano-germanique, huit systèmes juridiques de *common law* et cinq systèmes étrangers à cette classification bipartite. A l'issue de leur analyse, ils ont conclu que la contrainte devait être rejetée dès lors que les systèmes de *common law*, contrairement aux droits romano-germaniques, n'admettaient pas ce moyen de défense. V. les opinions individuelle présentée conjointement par les juges Mcdonald et Vorah, annexée à la décision TPIY, *Affaire le procureur c. Erdemović*, arrêt d'appel (IT-96-22-A), Ch. d'appel., 7 oct. 1997. V. le paragraphe n°49 de l'opinion livrée. L'argument avancé, à savoir qu'il ne se dégageait aucune règle de droit unitaire à ce sujet, ne saurait occulter le fait que cette cause d'irresponsabilité a été exclue en contemplation du système *de common law*. Une chose est

prévaloir si la Cour avait été composée différemment[72]. Par ailleurs, dans certains cas, le droit international pénal n'est pas seulement imprécis, mais proprement lacunaire, en ce sens qu'aucune règle de droit n'est prévue relativement à une situation donnée – on pense, notamment, aux règles d'imputation des dirigeants[73] –. Dans cette hypothèse, les juridictions n'hésitent pas à créer de toute pièce de nouvelles normes juridiques. De « *bouche de la loi* », le juge devient alors créateur de loi, « *avec la conséquence inévitable de la production d'un droit en même temps dispersé et provisoire, destiné naturellement à être complété, précisé et, en dernière analyse, dépassé par les interventions successives du juge* »[74], ce pouvoir lui étant d'ailleurs implicitement reconnu par le Statut de Rome[75]

Du reste, cette instabilité normative est accentuée par le fait que les enjeux de la justice pénale internationale ne se limitent pas toujours au jugement d'un individu. La réalité sociopolitique des situations criminelles considérées est telle que l'enjeu du procès peut en effet être dévoyé de sa fonction initiale, c'est-à-dire le jugement de responsabilité, pour verser dans le jugement de l'Histoire[76]. Or, la construction d'un récit historique ne répond bien évidemment pas aux mêmes règles que la construction d'un concept juridique, ce qui peut faire redouter un certain utilitarisme de l'interprétation judiciaire à des fins de catharsis collective. Prenant l'exemple des procès conduits par les juridictions françaises contre les accusés Touvier et Papon, un auteur déplore ainsi que « *la définition du crime contre l'humanité [ait] été modifiée à plusieurs reprises pour pouvoir s'appliquer à chaque cas ; le pouvoir politique exprimait ouvertement son point de vue sur la culpabilité de l'accusé ; la presse ne s'abstenait pas d'influencer les jurés comme les juges* »[77]. Quand on sait que la jurisprudence pénale assure une véritable fonction normative en droit international pénal, cet utilitarisme est d'autant plus regrettable : il met non seulement en jeu les droits de la défense, qui risquent alors d'être sacrifiés sur l'autel de la « reconstruction collective » mais fausse, de surcroît, la délimitation même de la notion d'infraction internationale par nature, lorsqu'elle est ainsi aiguillée par des considérations d'opportunité.

---

de conclure à l'absence de principe général, une autre de dégager la solution utile : rien ne justifiait particulièrement, ici, que l'on se range derrière les solutions admises dans la *common law*.

[72] Le juge Cassese, de tradition romano-germaniste, a vivement critiqué la solution retenue par la majorité. Il a livré une opinion dissidente très détaillée vouée à démontrer l'applicabilité de la contrainte au cas d'espèce : v. TPIY, l'opinion individuelle et dissidente du juge Cassese annexée à l'arrêt *Erdemović*, préc.

[73] Un chapitre est dédié à cette problématique particulière. v. le chapitre 2 du titre 1 de la seconde partie de la thèse, *infra*, n°516 et s.

[74] A. ESPOSITO, « La définition des crimes et le rôle du droit comparé : comment les juges comblent les lacunes normatives », *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc, Études des law clinics en droit pénal international*, dir. E. Fronza et S. Manacorda, Dalloz, Giuffrè, 2003, p. 42.

[75] V. art. 21 du Statut de Rome sur le droit applicable.

[76] J. SAADA, « De la fumée et des miroirs. Justice d'après-guerre, dramaturgie et dissensus politique », *Raisons politiques*, n°45, 2012, p. 135 et s. Plus largement, sur le lien entre vérité historique et judiciaire dans les procès de droit international pénal, v. A. WIEVIORKA, « La justice et l'histoire », *Socio*, n°3, 2014, pp. 183-197 ; Y. THOMAS, « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, 1998/5, n°102, pp. 17-36.

[77] T. TODOROV, « Les limites de la justice », *Crimes internationaux et juridictions internationales*, dir. A. Cassese et M. Delmas-Marty, Paris, PUF, 2002, p. 43.

11. L'inconstance des critères populaires de l'infraction internationale par nature. – Il est enfin un dernier élément ajoutant au désordre du droit international pénal : la réception populaire, c'est-à-dire la perception sociale, de la criminalité internationale par nature. À première vue, pourtant, cette appréhension n'est pas emprunte d'inconstance. Au contraire, ces infractions sont l'objet d'une représentation unitaire : on les présente, universellement, comme étant les plus graves qui soient. Le Statut de Rome s'en fait directement l'écho. Il profère, en préambule, que le crime d'agression, le crime de guerre, le crime contre l'humanité et le génocide sont « *les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale* »[78]. Cette représentation se prolonge dans deux types de discours. Le discours de l'effroi, tout d'abord, largement véhiculé par la doctrine juridique. « *Horribles* »[79] ; « *terrifiants* »[80] ; « *atrocités* »[81] ; « *cruauté* »[82] : autant d'expressions mobilisées lorsqu'il s'agit de présenter les crimes internationaux, pour mieux exprimer l'aversion et l'indignation que suscite leur commission. Cette rhétorique de l'indignation cède ensuite la place à un discours plus politique et, surtout, plus encourageant : le discours du « *plus jamais ça* », porté par la stratégie de la *fin de l'impunité* des responsables de ce genre de crimes[83]. Face à l'instabilité des critères législatifs et judiciaires des infractions internationales, la tentation est grande d'ériger cet élément de gravité en critère explicatif de la notion ; la plupart des commentateurs y ont d'ailleurs succombé. Le problème, toutefois, est que la gravité est un concept beaucoup trop flou pour asseoir une quelconque systématisation juridique. En réalité, ce critère engendre même l'effet inverse à celui recherché : au lieu d'affermir l'unité de la notion, le critère de gravité ajoute à la confusion conceptuelle en ouvrant la voie à un certain galvaudage de la notion d'infraction internationale.

C'est alors qu'apparaît l'inconstance de la définition populaire, qui se manifeste dans une tendance récurrente à appliquer la qualification d'infraction internationale à des comportements *a priori* étrangers à la notion, pour mieux les stigmatiser et marquer la réprobation qu'ils inspirent. Ce phénomène se constate avant toute chose en politique ou dans les médias. On peut notamment évoquer les propos tenus par l'ancien premier ministre français, Manuel Valls, quelques semaines après les attentats de Paris en 2015, dénonçant l'existence en

---

[78] Préambule du Statut de Rome, al. 4.
[79] A.-T. LEMASSON, P. TRUCHE et P. BOURETZ, *Rép. pén., Dalloz,* « Justice internationale pénale (crimes) », oct. 2019, n°1.
[80] *Ibid*.
[81] *Ibid*.
[82] *Ibid*.
[83] La lutte contre l'impunité des auteurs des internationales revient, tel un leitmotiv, dans le préambule du Statut de Rome : *v. par. ex. l'alinéa 4 du Préambule :* « ***Affirmant*** *que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale* » ; son alinéa 5 : « ***Déterminés*** *à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes* » ou encore, son dernier alinéa : « ***Résolus*** *à garantir durablement le respect de la justice internationale et sa mise en œuvre* ».

France d'un « *apartheid territorial, social, ethnique* »[84], ou encore les mots, plus récents, du Chef actuel de l'État français, Emmanuel Macron qui, à l'occasion d'un voyage en Algérie en 2017, a qualifié la colonisation de « *vraie barbarie* » et de « *crime contre l'humanité* »[85]. Mais ce phénomène est surtout prégnant en matière de génocide, compte tenu de l'infamie particulière que véhicule cette infraction, souvent présentée comme le « *crime des crimes* »[86]. Un auteur s'est attaché à faire état de ce phénomène, en relevant, par exemple, la déclaration de Jean-Paul Sartre devant le Tribunal Russel[87] qualifiant l'attaque militaire des États-Unis au Viêt Nam de « *génocide impérialiste* »[88]. Plus encore, certains n'hésitent pas à mobiliser la force expressive de cette qualification pour décrire des processus *a priori* bien éloignés de la réalité du génocide : ainsi l'historien Charles Patterson, dans son ouvrage *Un éternel Treblinka* présente-t-il la production en masse de l'alimentation carnée comme un *« génocide animal »*[89]. Ces quelques exemples illustrent parfaitement l'inclination courante à emprunter la qualification internationale, pour sa symbolique, sans tenir compte de sa signification essentielle. Mais cette tendance n'est pas limitée au champ de la rhétorique politique. Elle se manifeste, également, dans la sphère juridique, à travers les propositions doctrinales invitant à ouvrir la catégorie de l'infraction internationale par nature à des formes de criminalité qui ne relèvent pas, par définition, de cette notion. On pense notamment au crime de terrorisme[90] ou aux manifestations les plus sérieuses de criminalité environnementale, telles que la destruction de milieux, d'espèces, d'écosystèmes, voire la privation des ressources d'une communauté[91]. À

---

[84] « Manuel Valls évoque un "apartheid territorial, social, ethnique" en France », *Le Monde*, 20 janvier 2015, https://www.lemonde.fr/politique/article/2015/01/20/pour-manuel-valls-il-existe-un-apartheid-territorial-social-ethnique-en-france_4559714_823448.html.

[85] « En Algérie, Macron qualifie la colonisation de « crime contre l'humanité, tollé à droite », *Le Monde*, 16 février 2017, https://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2017/article/2017/02/15/macron-qualifie-la-colonisation-de-crime-contre-l-humanite-tolle-a-droite-et-au-front-national_5080331_4854003.html.

[86] Selon l'expression empruntée à W. SCHABAS, *Genocide in International Law : The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, 2ème éd., 2009.

[87] Le tribunal Russel, encore dénommé « Tribunal international des crimes de guerre », fut un tribunal d'opinion fondé en 1966 par Bertrand Russel aux fins de dénoncer la politique des États-Unis dans le contexte de la guerre du Viêt Nam. Sur ce tribunal, v. C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, *op. cit*., n°84.

[88] Pour d'autres exemples, v. A. CASSESE, « Genocide », *The Oxford Companion to International Criminal Justice,* dir. A. Cassese, Oxford University Press, 2009, p. 332.

[89] « La philosophie à l'épreuve de la viande », *Le Monde*, 19 août 2019, https://www.lemonde.fr/societe/article/2014/12/24/la-philosophie-a-l-epreuve-de-la-viande_4545910_3224.html.

[90] V. not. P. KIRSCH, « Terrorisme, crimes contre l'humanité et Cour pénale internationale », *Livre Noir*, S.O.S. Attentats, février 2002, p. 119 et s. En particulier, sur l'intégration du crime de terrorisme à la notion de crime contre l'humanité, v. *infra*, n°68 et les références doctrinales associées. Sur l'intégration du crime de terrorisme à la notion de crime de guerre, v. S. JODOIN, « Terrorism as a war crime », *ICLR* 2007, vol. 7, pp. 77-115.

[91] Sur la reconnaissance prospective des crimes contre l'environnement, parfois qualifiés d' « écocides », v. not. A. GOGORZA, « Existe-t-il un crime international écologique ? » in *La protection pénale de l'environnement*, dir. A. Gogorza et R. Ollard, Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux, n°4, Cujas, 2014, p. 381 et s. ; L. NEYRET, « Pour la reconnaissance du crime d'écocide », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, HS n°01, 2014, pp. 177-193 ; L. D'AMBROSIO, « Vers une droit pénal commun de l'environnement : critères et techniques d'incrimination », in *Des Ecocrimes à l'Ecocide*, dir. L. Neyret, Bruylant, 2015, p. 87 ; E. FONZA et N. GUILLOU, « Vers une définition du crime international d'écocide », *Des écocrimes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement*, dir. L. Neyret, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 132 ; A. NIETO MARTIN, « Éléments pour un droit international pénal de l'environnement », *RSC* 2012, p. 69 ; F. BELLIVIER, M. EUDES, I. FOUCHARD, *Droit des crimes internationaux*, *op. cit*., n°202-206 ; J. LAGOUTTE, « L'apport du droit pénal

chaque fois, l'intégration de ces crimes dans la sphère de la *notion d'infraction internationale* par nature est appuyée sur un argument pris de leur gravité : celle-ci justifierait qu'une qualification internationale leur soit réservée au regard de l'importance des dommages qu'ils génèrent – légitimité conceptuelle – mais aussi pour que cesse l'impunité de leurs responsables – légitimité fonctionnelle –. En soi, ces questions méritent d'être discutées. Seulement, elles ne peuvent être résolues à la seule lumière d'un élément de gravité, sans quoi la catégorie des infractions internationales par nature ne cessera d'enfler à mesure des réactions sociales nouvelles. En toute hypothèse, avant d'envisager l'extension de la notion, encore faut-il répondre à une question première, à savoir celle du contenu du comportement que sanctionne ce genre d'infractions pénales.

12. La nécessaire systématisation de l'infraction internationale par nature. – Si l'on pressent, à l'issue de cette triple approche législative, judiciaire et populaire des critères des infractions internationales par nature, la difficulté que peut présenter l'entreprise de systématisation de cette catégorie juridique, celle-ci ne doit pas décourager de cette tâche. Au contraire, elle met en relief l'intérêt qu'il peut y avoir à ordonner cette catégorie juridique dont l'objet reste, pour l'instant, difficile à cerner.

13. Les enjeux théoriques. – L'enjeu de cette recherche est avant tout théorique. Alors que le génocide, le crime contre l'humanité, le crime de guerre, et même, le crime d'agression, font figure d'idées familières, en ce sens que nul n'ignore leur réalité (peut-on s'en féliciter ?), ces infractions demeurent méconnues dans leur substance juridique. On s'accorde volontiers à reconnaître leur gravité suprême. Mais ce lieu commun doit être dépassé car il n'offre aucun fondement ferme à l'existence de cette catégorie infractionnelle ; ou, du moins, faut-il chercher à le consolider par la détermination de l'essence de ces crimes. C'est dire que la démarche doit être inversée : il ne doit pas être question d'expliquer la notion d'infraction internationale par nature à l'aune de sa gravité, mais de chercher à expliquer la gravité de l'infraction internationale par référence à son contenu notionnel. Cette entreprise est doublement indispensable. Elle doit permettre de déceler la rationalité des infractions internationales par nature, pour mieux tracer les contours de cette catégorie juridique. L'esquisse d'un tel modèle notionnel, à partir des critères communs aux différents crimes relevant du droit international pénal, devra ainsi fournir des éléments de réponse à ceux qui défendent l'intégration de nouvelles sortes de criminalité – tels le terrorisme ou l'écocide, pour reprendre les exemples précités[92] – au sein de la catégorie des infractions internationales par nature.

international à la réaction aux risques et dommages environnementaux », *L'apport du droit privé à la protection de l'environnement*, dir. J. Lagoutte et C.-M. Alves, Actes du colloque du 24 et 25 septembre 2020 (à paraître).

[92] La liste des crimes dont l'intégration à la catégorie des infractions internationales par nature a pu être proposée est bien plus longue. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut relever que l'inclusion du trafic de stupéfiants au sein de cette notion, soit en tant qu'expression particulière du crime contre la paix, soit du crime contre l'humanité, soit en tant qu'infraction autonome. Une proposition de cet ordre a par ailleurs été effectuée lors de la Conférence de

14. Les enjeux techniques. – Mais la définition notionnelle de l'infraction internationale par nature présente également d'autres enjeux, et notamment un enjeu technique. Au premier plan, celui de préciser les ressorts de l'opération de qualification internationale. Concrètement, on pourra ainsi comprendre comment un crime relevant, en principe, du droit commun finit par tomber dans le giron du droit international pénal. Par ailleurs, et parce que l'infraction constitue le fait générateur de la responsabilité pénale, la conceptualisation de l'infraction internationale par nature permettra incidemment de mieux cerner le mécanisme de l'imputation en droit international pénal et par là même d'apprécier la pertinence des modes de responsabilité existants.

15. Les enjeux répressifs. – Au-delà de ces considérations théoriques, la construction d'un schéma notionnel de l'infraction internationale trouve des prolongements pratiques, dans la mesure où les crimes en cause répondent d'un régime répressif exorbitant. La délocalisation de la réponse pénale en constitue la première illustration. Les crimes commis peuvent ainsi être soustraits à la justice du (ou des) pays directement concerné(s) pour être poursuivis et jugés devant une juridiction internationale, avec les conséquences d'éloignement et d'isolement que cela implique pour les justiciables – pour les accusés comme pour les victimes –[93]. Plus encore, la répression de ces infractions répond d'un régime répressif dérogatoire à plusieurs égards. On peut en prendre, pour illustration, l'imprescriptibilité de ces crimes, qui induit que l'engagement des poursuites pénales ne souffre d'aucune limite temporelle : il peut intervenir à tout moment, y compris de nombreuses années après la commission de l'infraction[94]. Ce principe déroge aux règles gouvernant le déclenchement de l'action publique, en droit commun, qui veulent que

---

Rome, par les représentants de la Trinité-et-Tobago et du Belize. Aucun de ces suggestions n'a jamais abouti. On peut par ailleurs noter que certaines ONG présentes à la Conférence de Rome invitaient, quant à elles, à inclure la corruption dans la compétence matérielle de la CPI. Là encore, cette proposition n'a pas été suivie.

[93] T. TODOROV, « les limites de la justice », préc., p. 43 estime, à cet égard, que la justice pénale internationale manque son objectif de réconciliation sociale en ce que « *les procès se déroulent loin des pays concernés, et sans l'adhésion de la population – qui, du coup, ne reçoit aucune leçon, mais se sent confirmée dans son rôle, symboliquement gratifiant, de victime de l'injustice. (…) la valeur d'un tel procès [serait] bien plus grande s'il était déroulé dans le pays de celui qu'on [juge], en facilitant ainsi l'identification du public avec l'accusé et en rendant possible le travail de transformation intérieur* ».

[94] Art. 29 du Statut de Rome. Cette exception à la règle est également prévue dans le droit français, mais uniquement pour ce qui concerne le génocide et le crime contre l'humanité : v. C. proc. pén., art. 7, dernier alinéa. Pour ce qui concerne les infractions relevant du droit de la guerre, la prescription n'est pas neutralisée, mais les délais sont allongés. En principe acquise passé un délai de vingt ans, l'action publique se prescrit à l'issue d'un délai de trente ans pour les crimes de guerre : V. C. proc. pén., art. 7, al. 2. Pour les délits de guerre, le délai de prescription est de vingt ans, par exception au délai commun de six ans : C. proc. pén., art. 8, dernier alinéa. A noter, par ailleurs, que le droit français soumet également la prescription de la peine à des dérogations en matière d'infraction internationales. En vertu de l'article 133-2 du C. pén., les peines prononcées du chef de crime contre l'humanité ou génocide sont imprescriptibles. Pour ce qui concernes les infractions au droit de la guerre, le délai de prescription de la peine est allongé à trente ans, par dérogation au délai de droit commun de vingt ans, pour les crimes (C. pén., art. 133-2, al. 2) et porté à vingt ans, au lieu de six, pour ce qui concerne les délits (C. pén., art. 133-3, al. 2). Au sujet de l'imprescriptibilité des infractions internationales par nature, v. V. MALABAT, « prescription et imprescriptibilité des infractions internationales », *Droit international pénal*, dir. H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, Paris, Pedone, 2012, 2ème éd., pp. 573-591.

celui-ci intervienne avant l'extinction d'un certain délai[95]. De même, on peut relever que le bénéfice de certaines causes d'exonération de la responsabilité, tel l'ordre de la loi ou l'ordre hiérarchique est exclu ou, à tout le moins aménagé, dans le cadre d'un procès pénal international[96].

Ces aménagements ne traduisent toutefois en aucun cas le versement du droit international pénal dans le « droit pénal de l'ennemi », c'est-à-dire dans un droit peu garantiste et marqué du sceau de la sévérité. En effet, les caractéristiques principales de cette doctrine ne trouvent pas de manifestations dans les normes applicables[97] : alors que celle-ci promeut une répression proactive, intervenant en amont de la commission de crimes, la répression des infractions internationales est au contraire réactive à la perpétration de la criminalité redoutée ; de même, les garanties procédurales et notamment les droits de la défense, dont se défait le droit pénal de l'ennemi, sont assurées par le droit international pénal ; enfin, le processus de dépersonnalisation du criminel découlant de sa stigmatisation « en ennemi » est tenu à l'écart par les principes de proportionnalité et d'individualisation de la peine applicables devant les juridictions pénales internationales.

Si les principes fondamentaux du droit pénal libéral restent ainsi conservés[98], il n'en demeure pas moins que la répression est facilitée, d'où l'attrait pour ce régime procédural et les propositions d'ouvrir le champ de la compétence matérielle de la CPI, afin que ces règles puissent servir la répression d'autres formes de criminalité. Mais il faut toutefois garder à l'esprit que ces dérogations sont justifiées par la nature particulière de la criminalité internationale qui trouve le plus souvent ses racines dans une défaillance des institutions étatiques[99]. Ainsi on délocalise le procès devant une juridiction supranationale et on neutralise certaines causes d'irresponsabilité liées à l'exercice du pouvoir pour contrecarrer le risque de déni de justice découlant de la confiscation, par les criminels, de l'autorité souveraine. C'est dire que le régime répressif des infractions internationales trouve son fondement explicatif dans les attributs spécifiques de la notion envisagée, ce qui commande de circonscrire son application

---

[95] A tout le moins pour ce qui concerne le droit pénal français (sur les règles applicables, v. C. pén., art. 7, art. 8 et art. 9) et la plupart des droits romano-germaniques. En revanche, les systèmes de *common law* excluent généralement toute prescription de l'action publique, sauf exception : leur logique est donc proprement opposée à celle innervant notre système juridique. v. J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Précis, 4ème éd., 2016, p. 429, n°335.

[96] Art. 33 du Statut de Rome : « *Le fait qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été commis sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, n'exonère pas la personne qui l'a commis de sa responsabilité pénale, à moins que : a) Cette personne n'ait eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur en question ; b) Cette personne n'ait pas su que l'ordre était illégal ; et c) L'ordre n'ait pas été manifestement illégal. Aux fins du présent article, l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal* ».

[97] Ces conclusions sont empruntées à O. CAHN, « Le droit du Statut de Rome, un droit pénal de l'ennemi ? » in *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, dir. T. Herran, Paris, Pedone, 2020, pp. 75-99 (v. spéc. pp. 81-85).

[98] O. CAHN, « Le droit du Statut de Rome, un droit pénal de l'ennemi ? », préc., pp. 75-99.

[99] La criminalité internationale est d'ailleurs généralement conçue comme une criminalité étatique par essence, ce qui est vraisemblablement dû au poids de l'histoire. Toutefois, il est désormais acquis que des organisations privées puissent s'en faire auteurs. Un chapitre est dédié à cette question : v. *infra*, n°198 et s.

aux seules formes de criminalité revêtant de telles caractéristiques. L'exception ne doit pas devenir la règle pour des raisons évidentes d'opportunité répressive.

16. Les enjeux politiques. – Enfin, il est un dernier enjeu, et non des moindres, celui de la légitimité du droit international pénal et de la justice qu'il institue. On sait qu'« *un droit insuffisamment défini n'est pas praticable en ce sens que son application donnera lieu à des hésitations et des controverses génératrices d'insécurité juridique* »[100]. La clarification de l'appareil conceptuel du droit international pénal apparaît alors d'autant plus indispensable que l'œuvre de justice internationale est déjà ébranlée par les vives critiques politiques dont elle est l'objet. On lui reproche ainsi d'être trop coûteuse[101], trop lente[102] et, plus fondamentalement, de présenter un défaut d'impartialité. Taxée de « justice de vainqueurs » aux premières heures de son histoire, elle est désormais accusée d'être une « justice de puissants ». La représentation prépondérante des systèmes juridiques des « pays du Nord » au sein des institutions judiciaires contraste, en effet, avec la représentation majoritaire des « pays du Sud » sur le banc des accusés : devant la CPI, la plupart des situations examinées concernent le continent africain[103]. À cela s'ajoute que certaines des premières puissances mondiales – les États-Unis, la Russie ou encore la Chine – échappent, de fait, à la justice pénale internationale en n'étant pas partie au Statut de Rome[104]. Ces différentes considérations alimentent une perception négative des décisions rendues par les justiciables[105] et affaiblissent, ce faisant, l'institution judiciaire. Or, la situation actuelle de certains peuples, telle celle du peuple Ouïgour dont l'envoi dans des camps d'internements, par le régime chinois a été récemment révélé[106], montre combien le besoin de justice pénale internationale est toujours aussi pressant, près de cent ans après son institutionnalisation. S'il est à l'évidence impossible, pour le juriste, de remédier directement aux faiblesses politiques de la Cour pénale internationale, celles-ci étant hors de sa portée, il peut à tout le moins chercher à affermir l'appareil conceptuel du droit international pénal. En effet, plus les règles juridiques seront stables et cohérentes, plus la justice pénale internationale gagnera en légitimité et, partant, en permanence.

---

[100] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 5ème éd., 2012, n°172.
[101] S. SUR, « Le droit international pénal entre l'État et la société internationale », *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, dir. M. Henzelin, R. Roth, Paris, LGDJ, Genève, Georg, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 6.
[102] D. MAYER, « Leçons à tirer des quelques rares expériences de fonctionnement des tribunaux pénaux internationaux », *D*. 1999, pp. 214-217. »
[103] Pour une analyse critique du reproche du « néo-colonialisme judiciaire » adressé à la CPI, v. A. MPINDA, *Forces et faiblesses de la Cour pénale internationale*, éditions de l'Onde, 2019, pp.149-159.
[104] La Chine n'a ni signé ni ratifié le Statut de Rome. Les États-Unis et la Russie l'ont quant à eux signé, mais sans le ratifier, ce qui revient en réalité au même. Il s'ensuit que la CPI n'a pas compétence pour juger des crimes commis sur le territoire de ces pays ou par leurs ressortissants (art. 12 § 2 du Statut de Rome) , sauf à ce qu'elle soit saisie, à cet effet, par le conseil de sécurité des Nations Unies (art. 13 al. b) du Statut de Rome). L'hypothèse reste toutefois peu plausible étant donné que ces trois pays sont membres permanents du conseil et disposent, à ce titre, d'un droit de véto qui devrait leur permettre de s'opposer à toute saisine de la CPI.
[105] D. SCALIA, « Paroles d'accusés sur la légitimité de la justice pénale internationale », *RSC* 2012, p. 727.
[106] « Ouïgours : l'asservissement d'un peuple », *Le Monde*, 25 septembre 2020, https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/09/17/ouigours-l-asservissement-d-un-peuple_6052572_3232.html.

17. Démarche. – Si la destination de cette étude est maintenant toute tracée, il reste à préciser le chemin à suivre, pour y parvenir. La nature légaliste du droit pénal invite à fixer le point de départ de cette analyse dans la loi internationale, c'est-à-dire dans les textes d'incrimination applicables et appliqués devant les juridictions internationales. Cela implique, dès lors, de s'en tenir à l'examen des infractions internationales reconnues comme telles par la loi internationale, soit le crime d'agression, le crime de guerre, le crime contre l'humanité et le génocide. Cela n'exclut pas la comparaison avec d'autres crimes, notamment avec ceux dont l'intégration au sein de la catégorie de l'infraction internationale est proposée par la doctrine, tel le terrorisme ; mais leur examen doit rester accessoire et ponctuel, pour ne pas fausser la délimitation de la notion qui est, depuis toujours, limitée aux quatre qualifications envisagées.

Par ailleurs, cette perspective légaliste invite à partir des dispositions légales *en vigueur* et donc à raisonner en priorité sur les textes prévus par le Statut de Rome – qui codifient le droit international pénal de l'avenir –, en les éclairant, si besoin, à la lumière des dispositions antérieures. Cette approche permettra de souligner les évolutions du droit international pénal, de les apprécier et éventuellement d'anticiper celles qui pourraient survenir, dans le futur.

Pour autant, l'ancrage de cette recherche dans le droit positif ne doit pas amener à prendre pour acquis tous les préceptes qu'il énonce. Les vices inhérents au processus de construction normatif du droit des infractions internationales appellent en effet une certaine prudence dans l'analyse : s'il faut adosser la recherche de la notion sur les règles juridiques existantes, autant que faire se peut, il faut aussi savoir se détacher de ces règles lorsqu'elles apparaissent dépourvues de fondement. C'est dire que la définition notionnelle de l'infraction internationale sera cousue au fil d'une analyse oscillant entre *lex lata* et *lex ferenda*, autrement dit, entre ce qu'*est* la notion d'infraction internationale et ce qu'*elle devrait être*.

Faut-il enfin souligner que la construction notionnelle de l'infraction internationale ne saurait se contenter d'une description des différents crimes appartenant à cette catégorie juridique. Bien sûr, il faut définir leurs substances respectives mais cette analyse doit avoir pour but de dégager, *in fine*, les critères communs et caractéristiques des infractions internationales. Au fil de l'identification des traits constants du crime d'agression, du crime de guerre, du crime contre l'humanité et du génocide, se dessinera ainsi le système notionnel de l'infraction internationale par nature.

18. Analyse structurelle de l'infraction internationale par nature. – Le désordre conceptuel de l'infraction internationale par nature complique ce travail d'identification et de définition, mais il n'empêche pas d'isoler une première constante parmi les différents crimes relevant de cette catégorie juridique. En effet, la comparaison des textes d'incrimination des infractions internationales par nature fait immédiatement ressortir un élément qui leur est non seulement commun mais de surcroît spécifique : toutes sont organisées autour d'une structure bipartite, alliant un élément dit « contextuel » et un autre élément dit « sous-jacent ».

Le premier, l'élément contextuel, est le plus souvent défini dans un chapeau liminaire, faisant figure d'en-tête du texte d'incrimination. Comme le laisse entrevoir sa dénomination, il s'entend d'une situation globale, d'un ensemble de circonstances liées. Il peut s'agir, par exemple, d'un conflit armé[107]. Le second, l'élément sous-jacent, tire sa désignation de sa localisation subsidiaire au sein du texte d'incrimination. Il englobe une série de faits humains individuels, variables en nature et en nombre ; pour prendre l'exemple du crime de guerre, près de cinquante faits sous-jacents sont recensés. Dans leur grande majorité, ces faits sous-jacents consistent en des infractions de droit commun, tels le meurtre, la torture ou encore le viol.

L'infraction internationale combine ces deux éléments contextuel et individuel. Quelle que soit la qualification envisagée, la logique présidant à la constitution de l'infraction est identique : il faut caractériser l'un des comportements individuels visés à titre sous-jacent et établir son inscription au sein du contexte associé. Construite sur l'association de ces deux éléments contextuel et individuel, la notion d'infraction internationale consiste ainsi en un tout qui ne peut être réduit à ses parties. D'un côté, la caractérisation du contexte apparaît effectivement insusceptible de constituer, par elle-même, l'infraction internationale puisque celle-ci se consomme par la réalisation du comportement individuel sous-jacent. Mais d'un autre côté, la perpétration dudit comportement individuel est tout autant insuffisante dans la mesure où c'est seulement par l'effet de son rattachement au contexte décrit par l'incrimination qu'il acquiert sa nature d'infraction internationale. À défaut, l'infraction qu'il constitue reste justiciable du droit commun.

Deux enseignements se déduisent de ce schéma notionnel. La fonction de consommation assumée par l'élément sous-jacent révèle, tout d'abord, que la notion sanctionne, fondamentalement, un comportement individuel. La première intuition peut alors être de procéder à l'examen des faits décrits par les incriminations sous-jacentes pour découvrir les attributs des conduites constitutives de l'infraction internationale par nature. Cela étant, la fonction qualifiante de l'élément contextuel montre, ensuite, que le comportement incriminé au titre de l'infraction internationale tire sa spécificité des circonstances dans lesquelles il s'insère. Dans cette perspective, tout essai de systématisation de la notion qui partirait des conduites sous-jacentes apparaît vain. En effet, ces conduites n'apparaissent pas porteuses d'illicéité pénale internationale, en tant que telles, puisque c'est leur rattachement à la situation contextuelle qui leur confère une telle coloration. Aussi faut-il les analyser à la lumière de leur relation au contexte pour pouvoir cerner l'essence du fait humain incriminé. C'est alors qu'on peut comprendre que le fait sous-jacent incriminé devient constitutif d'une infraction internationale dès lors qu'il contribue à réaliser la situation globale. Sous cet angle, le fait humain sanctionné se présente en somme sous la forme *d'une participation au contexte dont les caractéristiques sont identifiées par les incriminations sous-jacentes*.

[107] Pour prendre l'exemple du crime de guerre.

Cette définition liminaire invite à commencer l'étude de la notion d'infraction internationale en procédant à la définition de son élément contextuel. La détermination des circonstances auxquelles participe le fait individuel permettra en effet de déceler le fondement de cette catégorie juridique et par là même de comprendre ce qui distingue cette forme de criminalité de la criminalité de droit commun (**Partie 1**). L'examen des faits sous-jacents amènera ensuite à déterminer les conditions constitutives du fait de participation incriminé. Le fait humain sanctionné par la notion d'infraction internationale par nature apparaîtra alors dans toute son originalité. Cette analyse systémique de l'élément individuel permettra ainsi d'identifier le fait générateur de la responsabilité pénale internationale (**Partie 2**).

Partie 1. L'élément contextuel de l'infraction internationale
Partie 2. L'élément individuel de l'infraction internationale

PARTIE 1. L'ÉLÉMENT CONTEXTUEL DE L'INFRACTION INTERNATIONALE

19. Définition des éléments contextuels. – Toutes les infractions internationales par nature ont en commun de s'intégrer à un certain contexte. Cette composante structurelle se caractérise par l'existence de circonstances particulières, dont le contenu varie selon la qualification considérée. À chaque crime international correspond, en effet, un contexte spécifique, dont la définition a pu varier au gré des incriminations successives : tantôt, celle-ci a été précisée, voire enrichie de nouvelles conditions ; tantôt, elle est demeurée inchangée.

Le crime de génocide, qui est le premier visé par le Statut de Rome, répond à ce dernier schéma. Sa définition est en effet issue d'une résolution adoptée par les Nations Unies[108] et n'a jamais été remaniée. Elle décrit le contexte criminel comme une intention spéciale, à savoir « *l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel* »[109]. Vient ensuite le crime contre l'humanité, dont la définition a, au contraire, sensiblement évolué depuis son incrimination originelle par les Statuts des TMI[110]. D'abord minimale, celle-ci a été améliorée avec le Statut des TPI[111] avant d'être encore développée dans le Statut de Rome. Ce dernier instrument fournit la description la plus aboutie de la situation contextuelle. Il énonce qu'elle consiste dans « *une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile* »[112] avant d'indiquer que « *par "attaque lancée contre une population civile", on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque* »[113]. À l'inverse, la définition du crime de guerre pèche par son imprécision. Certes, le Statut de Rome parachève un long processus de codification des faits de guerre illicites, en portant l'incrimination d'une cinquantaine d'infractions ; mais il omet de définir la teneur du contexte dont ces infractions tirent leur désignation. Tout au plus le dénomme-t-il, en faisant incidemment référence à l'existence d'une situation de « *conflit armé* »[114]. Le même silence se constate à la lecture des Statuts antérieurs. En réalité, l'élément contextuel du crime de guerre n'a tout bonnement jamais fait l'objet d'une définition légale. La seule description qui en soit donnée provient de la jurisprudence du TPIY, laquelle a établi, à l'occasion de l'affaire *Tadić*,

---

[108] AGNU, *Le crime de génocide*, Rés. 96(1), 11 déc. 1946.
[109] Art. 6 du Statut de Rome.
[110] Art. 6 al. c) du Statut du TMI de Nuremberg ; art. 5 al. c) du Statut du TMI de Tokyo.
[111] Art. 5 du Statut du TPIY ; art. 3 du Statut du TPIR.
[112] Art. 7 al. 1 du Statut de Rome.
[113] Art. 7 al. 2, a) du Statut de Rome.
[114] L'art. 8 al. 2, b) du Statut de Rome porte notamment incrimination « *[d]es autres violations graves des lois et coutumes applicables aux* <u>*conflits armés internationaux*</u> *dans le cadre établi du droit international (...)* ». Dans le même ordre d'idées, v. les alinéas c), d) et e) de l'art. 8 al. 2 du Statut de Rome.

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* »[115]. Il reste, enfin, le crime d'agression, qui constitue la figure contemporaine de l'infraction de crime contre la paix prévu par les Statuts des TMI. Le Statut de Rome est toutefois bien plus satisfaisant que ces derniers puisqu'il procure une définition du contexte infractionnel – encore que le mérite n'en revienne pas à ses rédacteurs, cette définition étant issue d'une résolution onusienne[116] – qui faisait défaut dans l'ancien texte d'incrimination. Ainsi est-il désormais acquis que la contextualisation du crime d'agression s'opère par référence à « *l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État* »[117].

20. Traits distinctifs des éléments contextuels. – Ces définitions laissent d'emblée transparaître certaines différences entre les différents contextes infractionnels. En premier lieu, il en ressort une dichotomie principale tenant à la nature de la situation considérée : tandis que le crime d'agression et le crime de guerre se rapportent à un usage de la *force armée* et, donc, à une situation de belligérance, le crime contre l'humanité et le génocide n'entretiennent aucun lien avec de tels évènements[118]. En second lieu, ces définitions profilent certaines spécificités propres à chacun des éléments contextuels. Par exemple, il peut d'ores et déjà être constaté que l'agression armée s'entend d'un fait étatique, par nature, alors que les autres situations couvrent, plus largement des faits étatiques ou sociaux. On peut également noter que le contexte génocidaire se distingue par sa nature intentionnelle : il s'analyse en un but criminel, quand les autres situations renvoient à des faits matériels.

21. Traits communs des éléments contextuels. – Par-delà ces divergences, se dessinent toutefois des traits communs aux différents contextes infractionnels. D'abord, il apparaît que

---

[115] TPIY, *Affaire le Procureur c. Tadić,* arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (IT-94-1), Ch. app., 2 oct. 1995, n°70 (ci-après : « arrêt *Tadić* relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence »).

[116] AGNU, *Définition de l'agression*, rés. n°3314 (XXIX), U.N. doc. A/RES/3314(XXIX), 21 déc. 1974.

[117] Art. 8 *bis*, al. 2 du Statut de Rome.

[118] A noter, toutefois, que les articles 6 al. c) et 5 al. c) des Statuts du TMI de Nuremberg et de Tokyo subordonnaient la répression du crime contre l'humanité à sa connexité avec l'un des autres crimes relevant de la compétence du tribunal, qu'il s'agisse d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre. En cela, l'infraction devait donc bien entretenir un lien avec une situation de guerre. Mais moins qu'un critère juridique du crime contre l'humanité, ce rattachement devait, en réalité, affermir le fondement de l'infraction, à défaut d'incrimination préexistante : v. not. H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *RCADI*, vol. 70, 1947, p. 525 et s. ou encore J. GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité », *RCADI*, vol. 76, 1950, pp. 543-544. Cette condition s'est donc naturellement effacée à mesure de l'enracinement de l'incrimination dans le droit positif. On ne la retrouve dans aucun autre texte d'incrimination postérieur, à l'exception notable de celui prévu par le TPIY qui exige, effectivement, que le crime contre l'humanité « *[ait] été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne* » (art. 5 du Statut). Les juges du TPIY ont néanmoins réduit cette condition à une question d'opportunité juridictionnelle : v. TPIY, arrêt *Tadić* relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence, préc., n°78 et n°141. Il apparaît ainsi clairement que même si le rattachement du crime contre l'humanité à une situation de guerre a pu être exigé, cette exigence n'a jamais été conçue comme un élément de définition de l'infraction.

tous impliquent un *recours à la violence* – effectif ou à tout le moins projeté, pour le génocide –. Ensuite, tous ces contextes visent *un recours à la violence intervenant dans le cadre de rapports intercommunautaires*. Leur analyse révèle, en effet, que les acteurs mais, également, les victimes du rapport de force consistent dans des entités collectives. Enfin, tous ces contextes évoquent *un emploi rationalisé de la violence dans le cadre de rapports collectifs*. Jamais l'usage de la force ne s'entend d'évènements spontanés, irréfléchis et sans lendemain. Il s'agit, toujours, de processus criminels organisés.

22. Le contexte de l'infraction internationale : une entreprise d'ensemble. – Cette dimension organisée de la criminalité internationale se manifeste, au premier plan, dans les modalités d'action du groupe. Les situations contextuelles traduisent, en effet, invariablement l'existence d'une activité matérielle structurée, reposant sur la combinaison de moyens matériels et humains, en vue de la réalisation d'opérations concertées se matérialisant dans la commission d'infractions. Mais l'agencement des crimes perpétrés dans le cadre de cette activité de groupe révèle, plus encore, l'existence d'un projet commun aux différents participants. En effet, l'association collective n'a pas simplement pour fonction d'asseoir une certaine capacité criminelle, par la mise en commun de ressources. Le contexte de l'infraction internationale dépasse, en cela, la figure classique de la criminalité organisée, en tant que criminalité de profit[119], dont l'objet est essentiellement de favoriser la réalisation d'une activité criminelle. Plus qu'une criminalité de réseau, les situations contextuelles caractérisent une véritable criminalité de système, au sens où l'ensemble des actions perpétrées met en application une ligne de conduite unitaire consistant dans la recherche d'un dessein commun, sur le long terme. L'existence d'un tel projet collectif invite alors à rapprocher les processus au sein desquels s'insèrent les infractions internationales du concept *d'entreprise*, qui sert à désigner les formes les plus soutenues de criminalité organisée[120]. L'activité saisie répond, en effet, à cette dynamique, puisqu'elle couvre une action concertée en vue de la réalisation d'une finalité unique.

23. Plan. – Dire que le contexte des infractions internationales s'analyse en une entreprise d'ensemble éclaire la teneur de cette catégorie criminelle, sans pour autant exprimer toute sa spécificité. Preuve en est que d'autres notions infractionnelles, telles que le terrorisme[121], impliquent des structures criminelles similaires. La délimitation des contours des

---

[119] R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, préf. G. Guidicelli-Delage et A. Bernardi, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, t. 48, 2010, n°7.

[120] Y. MAYAUD, « Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé », *Revue Internationale de Droit Pénal*, Eres, vol. 68, n°3-4, 1997, p. 802. V. aussi : Y. BISIOU, « Le concept de crime organisé en France », *Criminalité organisée : des représentations sociales aux définitions juridiques*, dir. M.-L. Cesoni, LGDJ/Georg éditeur/ Bruylant – 2004, p. 626.

[121] Pour aussi classique qu'elle soit, la notion de criminalité organisée ne fait pas l'objet d'une définition juridique unitaire. Cela étant, les instruments normatifs délimitant cette forme de criminalité mettent en lumière la dimension

entreprises contextuelles doit ainsi permettre de circonscrire, précisément, les situations saisies, afin de mieux les distinguer d'autres formes de criminalité voisines. La dualité organisationnelle de ces entreprises, à la fois matérielle et finaliste, peut servir de guide dans cette systématisation : elle permettra à la fois de dégager le fondement commun des qualifications internationales, mais également leurs particularités respectives.

Dans cette perspective, on s'attachera à analyser, dans un premier temps, la finalité de l'entreprise d'ensemble (**Titre 1**) puis, dans un second temps, la matérialité de l'entreprise d'ensemble (**Titre 2**).

---

lucrative de l'organisation. Par exemple, au plan international, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée adoptée le 15 novembre 2000 à New-York et signée à Palerme vise, en son article 5, « *le fait de s'entendre avec une ou plusieurs personne en vue de commettre une infraction grave à une fin liée directement ou indirectement à l'obtention d'un avantage financier ou un autre avantage matériel* ». Au plan régional, on peut évoquer l'Action commune du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne (98/733/JAI), qui donne la définition suivante de l'organisation criminelle : *« l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, que ces infractions constituent une fin en soi ou un moyen pour obtenir des avantages patrimoniaux, et, le cas échéant, influencer indûment le fonctionnement d'autorités publiques* ». Une définition similaire ressort de la Décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée. Au plan interne enfin, la notion ne fait l'objet d'aucune définition légale. Cette notion est purement fonctionnelle, au sens où elle sert la mise en œuvre d'un régime juridique particulier, à l'endroit des infractions classées au sein de cette catégorie. Ces derniers sont recensés par l'article 706-73 du Code procédure pénale. Même si les activités criminelles auxquelles il est fait référence sont disparates, on peut toutefois noter que certaines d'entre elles se rapportent à une criminalité de profit, comme par exemple : les crimes aggravés d'extorsion prévus par les articles 312-6 et 312-7 du Code pénal ; le délit d'escroquerie en bande organisée prévu par le dernier alinéa de l'article 313-2 du Code pénal ; les crimes en matière de fausse monnaie prévus par les articles 442-1 et 442-2 du Code pénal ou encore les délits de blanchiment prévus par les articles 324-1 et 324-2 du Code pénal, ou de recel prévus par les articles 321-1 et 321-2 du même code, du produit, des revenus, des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° à 13°. En tout état de cause, cette approche de la criminalité organisée à travers certains types d'activités matérielles, et non plus à travers le groupement structuré, alimente l'éclatement de la notion qui ainsi perd, par la force des choses, en cohérence conceptuelle. Sur ces différentes approches de la criminalité organisée et la délimitation incertaine de cette notion, V. R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, *op. cit.*, n°5-25.

TITRE 1. LA FINALITE DE L'ENTREPRISE D'ENSEMBLE

24. L'existence d'un projet d'ensemble. – Il ressort de l'examen des différentes infractions internationales qu'elles ont pour caractéristique première de s'intégrer à la réalisation d'un projet préconçu. Ce dessein n'est pas propre à leurs auteurs matériels, c'est-à-dire à ceux qui accomplissent physiquement les comportements consommant les crimes internationaux. Il est un *but d'ensemble*, déterminé, en amont, par un collectif dirigeant et mis en œuvre, en aval, par une somme d'exécutants. La synergie collective repose entièrement sur ce projet d'ensemble. Cet élément finaliste constitue, en effet, le trait d'union des différentes actions individuelles commises et traduit l'existence d'une véritable entreprise collective, derrière la pluralité de crimes perpétrés.

25. Les caractères génériques du projet d'ensemble. – Toutes les entreprises contextuelles répondent à ce schéma, schéma qui trouve toutefois différentes expressions selon la qualification internationale envisagée. En effet, à chaque type d'entreprise correspond un but caractéristique. Mais cela n'empêche pas d'identifier certaines constantes génériques. La première qui puisse ainsi être identifiée tient à la destination subjective de la violence employée : en toutes circonstances, les entreprises contextuelles visent une *entité collective*. La seconde se rapporte à la destination objective de la violence : quelle que soit la qualification envisagée, l'entreprise tend à neutraliser l'existence de cette entité désignée comme cible. Pour rendre compte, de la meilleure façon possible, de la finalité caractérisant les différentes entreprises d'ensemble saisies à travers l'élément contextuel de l'infraction internationale, ces deux composantes seront étudiées successivement. Ainsi, on se penchera, dans un premier temps, sur la finalité subjective de l'entreprise contextuelle, en définissant sa cible (**Chapitre 1**) puis, dans un second temps, sur sa finalité objective, en déterminant son but (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La cible de l'entreprise d'ensemble

26. La victime de l'entreprise d'ensemble : une entité collective. – *« Au cours de ce siècle, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine »*[122], rappelle le Préambule du Statut de Rome, pour mieux asseoir la gravité suprême des crimes internationaux. Les évènements à partir desquels a été construite, puis consolidée, la notion d'infraction internationale comptent effectivement parmi les plus meurtriers qui soient dans l'histoire de l'humanité. La seconde guerre mondiale a, à elle-seule, engendré entre cinquante et soixante-dix millions de morts, dont la moitié de personnes civiles (environ trente millions). Les conflits survenus en ex-Yougoslavie et au Rwanda, cinquante ans plus tard, ne sont pas en reste : le premier a causé la mort de milliers de civils et contraint à l'exode plus d'un million de personnes, tandis qu'au cours du second, pas moins de huit-cent-mille rwandais, en majorité tutsi, ont perdu la vie, en l'espace de trois mois.

Pour rendre compte de cette réalité, le concept sociologique de « crime de masse »[123] est souvent utilisé en lieu et place de la notion juridique d'« infraction internationale par nature ». Ce vocable est assurément plus évocateur : il annonce la dimension exceptionnelle des crimes considérés, en alludant au nombre considérable de victimes que charrie leur commission. Plus encore, le terme « masse », en désignant « *une accumulation de nombreux éléments distincts (mais généralement de même nature) réunis en un ensemble perçu comme une totalité* »[124], induit que les crimes internationaux ne se réalisent pas simplement à l'encontre d'une somme d'individualités distinctes, mais contre un ensemble d'éléments composant un ensemble uni : en l'occurrence, une *entité collective.*

27. Le groupe comme cible de l'entreprise d'ensemble. – Cette qualité collective de la victime atteinte éclaire la dynamique des entreprises contextuelles, sans toutefois suffire à exposer leur pleine particularité. En effet, certains processus infractionnels de droit commun, tels les « dommages de masse », ont pareillement pour trait caractéristique de porter atteinte à

---

[122] Préambule du Statut de Rome, al. 2.

[123] La doctrine emploie couramment cette terminologie pour qualifier les infractions internationales par nature. Une infinité de travaux pourraient être cité ; on se contentera des suivants, dont l'intitulé suffit à rendre compte de l'usage fréquent de l'expression crime de masse lorsqu'il est question d'infractions internationale par nature : R. NOLLEZ-GOLDBACH et J. SAADA, *La justice pénale internationale face aux crimes de masse, Approches critiques*, Paris, Pedone 2014 ; Sous la direction d'O. DE FROUVILLE, *Punir les crimes de masse - Entreprise criminelle commune ou co-action ?*, Anthémis, Droit et Justice, n°99, 2012 ; J. FIERENS, « La responsabilité pénale des auteurs de crimes de masse », *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale : actes du colloque des 28-29 avril 2005* (Perspectives criminologiques), Larcier, 2006, pp. 61-79 ; M. OSEIL, *Juger les crimes de masse, La mémoire collective et le droit*, Ed. du Seuil, Paris, 2006 ; A. PIERRE, « Le crime de masse en criminologie » *RSC* 2015, p. 627 ; B. GOUILLOU, *Crimes de masse et responsabilité individuelle*, Champ pénal, XXXIVème Congrès français de criminologie, Responsabilité/Irresponsabilité pénale, Agen, Septembre 2004.

[124] Grand Robert de la langue française, 2018, v° « masse ».

un groupe d'individus considéré, en lui-même, comme le siège du dommage[125]. En réalité, il faut cesser d'appréhender ce résultat sur un plan purement objectif si l'on veut saisir la particularité de l'infraction internationale par nature. Dans le schéma de cette dernière notion, l'atteinte de l'entité collective n'est pas réductible à un effet matériel. Elle est un objectif ultime, une finalité autour de laquelle l'organisation est structurée. La dynamique des entreprises dans lesquelles s'insèrent les infractions internationales n'a donc rien de commun avec les situations de violations massives des droits de l'homme. L'atteinte du groupe n'est pas, simplement, une résultante de l'atteinte diffuse d'une pluralité d'individus, réunis en un ensemble. En réalité, la logique est opposée : c'est parce qu'un groupe est désigné comme cible qu'une pluralité de personnes va se trouver lésée, en conséquence, à raison de leur appartenance ou relation avec le groupe visé.

28. Identification des groupes ciblés. – Cette finalité subjective de l'entreprise d'ensemble constitue, ainsi, un critère décisif de l'infraction internationale, en ce qu'elle permet de départir les situations de criminalité massive, justiciables du droit commun, des situations caractérisant l'élément contextuel de cette notion. Au reste, cette condition permet également de distinguer les entreprises d'ensemble entre elles, chacune se définissant par référence à une victime collective déterminée. L'identification de ces cibles collectives apparaît ainsi primordiale. À cet effet, les différentes entreprises d'ensemble seront analysées successivement, suivant une distinction tenant à leur nature martiale (**Section 1**) ou criminelle (**Section 2**).

Section 1. La cible des entreprises martiales

29. L'identité du groupe ciblé, critère distinctif de l'agression armée et du conflit armé. – La guerre constitue la plus ancienne forme de violence entre les peuples. Il n'est donc pas étonnant que les premières infractions internationales à avoir été pensées se rapportent à cette circonstance. Elles sont au nombre de deux : le crime d'agression et le crime de guerre. *A priori*, l'agression armée et le conflit armé, qui constituent les éléments contextuels respectifs de ces infractions, peuvent paraître fortement similaires. Du moins, leurs définitions ne démarquent pas franchement la destination subjective de la force armée employée. La première de ces entreprises martiales est ainsi présentée comme un « *emploi par un État de la force armée étatique contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État* (…) »[126]. La seconde, comme « *le 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*

[125] E. CALVO, *Accidents de masse et responsabilité pénale*, Thèse, Bordeaux, 2018, n°189 : « *En effet, s'il est vrai que le dommage de masse crée souvent une pluralité de victimes, sa particularité est surtout de porter atteinte à un groupe identifié (ou du moins identifiable), à toute une catégorie d'entités subissant le même type de dommages ayant une origine commune* ».
[126] Art. 8 *bis* du Statut de Rome.

groupes au sein d'un État »[127]. La délicate distinction de ces deux types de situations apparaît encore plus délicate lorsque les groupements considérés s'entendent d'un État : la référence abstraite à cette entité, sans autre forme de précision, occulte en effet les originalités respectives de chacune de ces entreprises armées. Pourtant, celles-ci présentent bien des spécificités propres. Leur analyse successive permettra de les mettre en lumière, et ainsi de révéler les éléments qui les différencient. À cette fin, on s'attachera à identifier la cible du recours à la force pour chacune d'entre elles, en commençant par l'agression armée (§1) et en poursuivant par le conflit armé (§2).

§1. La cible du recours à la force dans l'agression armée

30. L'État, cible de l'entreprise d'agression armée. – Bien qu'il fallut attendre de nombreuses années avant que les États ne parviennent à s'accorder sur une définition de l'agression armée, ces atermoiements n'ont jamais tenu à la question de la destination de la force armée. Depuis l'émergence de la notion d'agression, en passant par sa réglementation, pour aboutir à sa criminalisation, il est acquis que l'agression armée s'entend du comportement illicite d'un État dans ses relations avec un ou plusieurs autres États. L'interprétation de ce type d'entreprise martiale, en droit international pénal, ne fait que refléter cette approche bien ancrée : l'État a toujours été institué en objet de l'agression armée, que ce soit dans l'infraction originelle de crime contre la paix (A) ou dans l'infraction contemporaine de crime d'agression (B).

A. L'État, cible de l'agression armée dans le crime contre la paix

31. Silence des textes d'incrimination du crime contre la paix quant au sujet de la guerre d'agression. – Si la guerre d'agression était déjà réputée illicite[128], voire criminelle[129], bien avant la seconde guerre mondiale, ce n'est qu'à l'issue de ce conflit que sa pénalisation est devenue effective grâce à la consécration de l'incrimination du crime contre la paix. L'avancée, majeure, se solde néanmoins par un texte d'incrimination minimal : les éléments constitutifs de la guerre d'agression, parmi lesquels compte la cible des offensives armées, n'y font l'objet d'aucune définition.

---

[127] TPIY, arrêt *Tadić* relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence, préc., n°70.

[128] V. not. le Pacte de Briand-Kellogg, signé à Paris le 27 août 1928, art. 1 : « *Les Hautes parties contractantes déclarent solennellement au nom de leurs peuples respectifs qu'elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles* ».

[129] SDN, Projet de traité d'assistance mutuelle, 29 sept. 1923, art. 1 : « *La guerre d'agression constitue un crime international* ». A noter que ce projet sera finalement abandonné. L'année suivante, précisément le 2 octobre 1924, la société des Nations adoptera néanmoins le Protocole pour le règlement pacifique des différends internationaux, dont le préambule affirme, en son alinéa 3, que « *la guerre d'agression constitue une infraction à cette solidarité [qui unit les membres de la société internationale] et un crime international* ».

32. Institution de l'État en objet de la guerre d'agression par la jurisprudence des TMI. – L'imprécision des dispositions statutaires n'a pas empêché les tribunaux militaires de mettre en application l'incrimination de la participation *à une guerre d'agression*. Les juges internationaux auraient pourtant pu privilégier l'incrimination alternative de la participation à « *une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux* »[130], dont les contours étaient assurément plus distincts. Ils décidèrent, au contraire, d'écarter cette dernière qualification et de ne retenir que la première[131]. De ce fait, la jurisprudence de l'après-guerre renferme de précieux renseignements sur la notion de guerre d'agression. Non pas que les juges internationaux en aient livré une définition générale et abstraite ; à cet égard, les décisions rendues sont aussi silencieuses que les textes d'incrimination. Mais les observations qu'elles contiennent laissent entrevoir les caractères distinctifs de l'agression armée et permettent de constater que l'emploi de la force armée qui en est constitutif a toujours été conçu comme le fait d'un État, *à l'encontre d'un autre État*.

L'acte d'accusation des Procès de Nuremberg suffit à s'en convaincre. Il énonce très clairement que « *les guerres dont il est question (...) et les dates de leur déclenchement furent les suivantes : contre la Pologne, 1er septembre 1939, contre le Royaume-Uni et la France, 3 septembre 1939 ; contre le Danemark et la Norvège, 9 avril 1940, contre la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg, 10 mai 1940, contre la Yougoslavie et la Grèce, 6 avril 1941, contre l'URSS, 22 juin 1941 et contre les États-Unis d'Amérique, 11 décembre 1941* »[132]. L'opération de qualification judiciaire présente, de la même façon, les opérations armées conduites par le régime nazi comme autant de campagnes criminelles dirigées contre les différents États européens[133]. Il ne fait aucun doute, à la lecture de la décision de jugement, que le sujet naturel de la guerre d'agression consiste dans une entité étatique. Le même constat ressort des Procès de Tokyo[134].

---

[130] Art. 6, al. a) du Statut du TMI de Nuremberg et art. 5, al. a) du Statut du TMI de Tokyo. En vertu de ces textes d'incrimination, deux types de guerre pouvaient constituer le contexte du crime contre la paix : « *une guerre d'agression* » ou une « *guerre menée en violation des traités, assurances ou accords internationaux* ».

[131] *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international,* Nuremberg, 14 nov. 1945-1er oct. 1946*,* édité à Nuremberg, Allemagne, Texte officiel en langue française, tome I, 1947, p. 228 (Ci-après : « *Procès des grands criminels de guerre* »).

[132] *Ibid.*, p. 45.

[133] *Ibid*., pp. 208-228.

[134] L'acte d'accusation des Procès de Tokyo comprenait cinquante-cinq chefs d'accusation au total, dont trente-six portaient sur l'infraction de crime contre la paix : tous, sans exceptions, présentent les faits allégués comme des guerres d'agression menées contre des pays tiers. V. par ex. le chef d'accusation n°1 : « *all accused are charged with conspiring as leaders, organisers, instigators or accomplices between 1st January 1928 and 2nd September 1945 to have Japan, either alone or with other countries, wage wars of aggression against* <u>*any country or countries*</u> *which might oppose her purpose of securing the military, naval, political and economic domination of East Asia and of the Pacific and Indian oceans and their adjoining countries and neighbouring islands* » : *The Tokyo judgment*, *The international military tribunal for the far east*, 1er nov. 1948, p. 7. Source disponible à l'adresse url suivante : https://www.legal-tools.org/en/browse/record/28ddbd/ (Ci-après : « *The Tokyo judgment* »). De même, les juges du Tribunal de Tokyo ont passé en revue l'ensemble des guerres agressives conduites par le gouvernement japonais (et par ses alliés de l'Axe) en les différenciant les unes des autres au regard de l'identité de l'État ciblé par les offensives.

33. L'évocation des atteintes subies par les peuples. – Il est vrai, toutefois, que les tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo ont par ailleurs insisté sur les souffrances éprouvées par les peuples humains du fait des guerres d'agression conduites. D'un côté, ceux de Nuremberg ont déclaré solennellement que « *la guerre est un mal dont les conséquences ne se limitent pas aux seuls belligérants mais affectent le monde tout entier* »[135], formule qui, associée à celle selon laquelle de telles guerres « *troublèrent la paix de tant de nations* »[136] semble bien mettre la criminalisation de l'agression au service de la protection des populations exposées aux effets dévastateurs de la guerre. Cette idée trouve une expression encore plus patente dans les procès de Tokyo, les juges ayant affirmé qu'« *on ne peut concevoir de crime plus grave qu'un complot en vue de lancer une guerre d'agression ou la conduite d'une guerre d'agression, car un tel complot menace la sécurité des peuples du monde, et son exécution porte atteinte à cette sécurité. Le résultat inévitable de son exécution est d'infliger la mort et des souffrances à d'innombrables êtres humains* »[137]. Ces observations restent, toutefois, purement factuelles, en ce sens qu'elles ne participent en aucun cas de la qualification judiciaire de l'agression armée. En réalité, il semble que l'accent mis sur la souffrance des populations civiles n'était qu'un moyen, pour le tribunal, d'appuyer la gravité des guerres conduites par les accusés, dans le but de renforcer la légitimité des poursuites engagées à leur encontre – légitimité qui se trouvait mise à mal par la faible assise juridique des infractions internationales à l'heure de l'ouverture des procès de l'après-guerre –. Ainsi, ces remarques des tribunaux ne doivent pas être mal interprétées. L'agression armée emporte, assurément, des effets dévastateurs pour l'homme, mais ces maux infligés aux peuples confrontés à la guerre ne constituent pas un critère de définition juridique de la situation contextuelle. L'opération de qualification judiciaire du crime contre la paix montre au contraire, très clairement, que l'agression armée s'entend, par définition, d'un emploi de la force dirigée contre un État souverain, ce que confirme au demeurant le texte d'incrimination de l'infraction contemporaine.

B. L'État, cible de l'agression armée dans le crime d'agression

34. Institution de l'État en sujet de la guerre d'agression par le texte d'incrimination du crime d'agression. – La définition contemporaine de l'infraction, désormais dénommée crime d'agression, entérine la conception interétatique classique de la guerre d'agression. Elle institue explicitement l'État souverain en sujet de l'emploi de la force armée incriminée, en énonçant que constitue un acte d'agression « *l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un*

[135] *Ibid*., p. 197.
[136] *Ibid*., p. 237.
[137] *The Tokyo judgment*, préc., p. 1142.

autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies »[138]. Les actions sous-jacentes énumérées, qui illustrent les différentes formes matérielles que peut revêtir l'acte d'agression illicite, s'analysent dans le même sens. Toutes les opérations recensées s'analysent en effet dans des atteintes à l'État. Certaines s'entendent d'atteintes directes ; c'est le cas lorsqu'elles portent sur ses éléments constitutifs, telle son assise territoriale, comme il en va du bombardement par les forces armées d'un État du territoire d'un autre État[139]. D'autres sont plus indirectes, en ce que l'État n'est pas atteint dans son institution, mais à travers des individus qui le représentent, soit les membres de ses forces armées[140].

35. Appréciation de la qualité étatique d'une collectivité. – En vertu de cette définition, toutes les offensives dirigées contre des entités privées sont exclues du champ de l'acte d'agression, et leurs auteurs, de la répression pénale. Cette délimitation ne paraît, à première vue, susciter aucune discussion : la lettre du Statut est claire et ne ménage aucune exception. Mais encore faut-il pouvoir se prononcer sur la qualité étatique d'une entité aux fins d'appliquer le texte, appréciation qui peut se révéler épineuse dans l'hypothèse où le statut de la collectivité lésée est controversé. Le traitement de la situation palestinienne par la Cour pénale internationale manifeste sa réticence à trancher de telles questions. En 2009, le bureau du Procureur a estimé que la tâche de déterminer si la Palestine constituait ou non un État revenait aux organes compétents de l'Organisation des Nations Unies ou à l'Assemblée des États parties[141]. Quelques années plus tard, en 2012, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptera une résolution accordant à la Palestine le statut d'État non membre observateur auprès de l'Organisation des Nations Unies[142], si bien que le bureau du Procureur considère désormais que la CPI peut valablement exercer sa compétence à l'endroit des crimes qui auraient pu être commis sur le territoire palestinien[143]. Les précautions assortissant cette décision témoignent néanmoins de l'embarras de la juridiction – et n'ont pas empêché qu'elle fasse l'objet de

[138] Art. 8 *bis*, al. 2 du Statut de Rome (nous soulignons).
[139] Art. 8 *bis*, al. 2, b) du Statut de Rome.
[140] Art. 8 bis, al. 2, d) du Statut de Rome : « *l'attaque par les forces armées d'un État des forces terrestres, maritimes ou aériennes, ou des flottes aériennes et maritimes d'un autre État* ».
[141] CPI, *Situation en Palestine*, Le bureau du Procureur, 3 avril 2012, n°6. Source disponible à l'adresse url suivante : https://www.legal-tools.org/doc/f5d6d7/.
[142] AGNU, *Statut de la Palestine à l'ONU*, Résolution n°67/19, U.N. Doc. A/RES/67/19, 4 déc. 2012.
[143] CPI, *Situation in the State of Palestine*, Decision assigning the situation in the State of Palestine to Pre-Trial Chamber I, ICC-01/18-1, 24 mai 2018 ; CPI, *Situation in the State of Palestine*, Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, ICC-01/18-12, Bureau du Procureur, 22 jan. 2020.

critiques politiques[144] et juridiques[145] – : seules les plaintes postérieures à la reconnaissance onusienne de la qualité étatique de la Palestine sont ainsi recevables[146] et, a-t-il été précisé, « *l'examen par le Bureau de la question de la compétence ne préjuge d'aucune position concernant la constitution de la Palestine en État* »[147]. Bien que ce contentieux se rapporte à une question de compétence juridictionnelle de la CPI, la problématique sous-jacente paraît transposable à la qualification du crime d'agression et il en ressort, *a priori*, que la Cour pénale internationale devrait se penser liée par l'appréciation des organes politiques des Nations Unies si elle était amenée à déterminer le statut de victime d'une collectivité dont la qualité étatique n'était pas internationalement reconnue[148].

36. Transition. – Il est ainsi pleinement acquis, depuis la première incrimination de l'infraction, que le propre de l'agression armée est d'être dirigée contre un État. Cette qualité politique du groupement ciblé par la force armée marque l'originalité de l'entreprise d'agression armée et, par là même, sa différence avec le contexte de conflit armé.

§2. La cible du recours à la force dans le conflit armé

37. Définition du conflit armé. – Pour aussi cardinale qu'elle soit, la notion de conflit armé n'est définie par aucun instrument conventionnel. Les normes du droit des conflits armés

---

[144] Plusieurs États désavouent l'adhésion de la Palestine au Statut de Rome et n'ont pas manqué de le faire savoir. Le département des affaires étrangères du gouvernement canadien a notamment exposé qu'il allait « *surveiller de près les finances de la Cour* », laissant entendre qu'il était prêt à mettre fin à toute aide financière (v. l'article de M. MacKinnon, « *ICC's chief prosecutor fights to prove the institution's worth* », The globe and mail, 6 février 2015 disponible à l'adresse url : https://www.theglobeandmail.com/news/world/chief-prosecutor-fights-to-prove-international-criminal-courts-worth/article22851501/). Bien qu'ils n'aient jamais ratifié le Statut de Rome, les États-Unis ont également réagi avec véhémence à l'admission de la Palestine en tant qu'État partie à la CPI : la maison blanche a qualifié les efforts pour lancer des poursuites pour les faits commis en Palestine devant la CPI de « *contreproductifs* » et a précisé que Washington s'opposerait à toute initiative en ce sens. V. « La Palestine a soumis un premier dossier à la Cour pénale internationale », *Le Monde*, 25 juin 2015.

[145] Le Professeur Schabas a présenté ses observations critiques à la CPI selon le mécanisme mis en place par l'article 103 du règlement de procédure et de preuve, dans lesquelles il insiste sur le fait que « *The Pre-Trial Chamber should not entertain the suggestion that it may pronounce itself on the validity of the accession by the State of Palestine. This would be ultra vires its authority under the Rome Statute* ». V. CPI, *Situation in the State of Palestine*, Request for Leave to Submit an Opinion in Accordance with Article 103 of the Rules of Procedure and Evidence, W. Shabas, ICC-01/18-53, 14 fév. 2020, n°5.

[146] CPI, Bureau du Procureur, *Rapport sur les activités menées en 2013 par le Bureau du Procureur en matière d'examen préliminaire*, nov. 2013, n°238. A la suite de sa reconnaissance en tant qu'État par l'Organisation des Nations Unies, le gouvernement Palestinien a déposé, le 1er janvier 2015, une déclaration d'acceptation de la compétence de la CPI par laquelle il acceptait que la CPI exerce sa compétence à l'égard des crimes présumés commis sur le territoire Palestinien, conformément aux prévisions de l'article 12-3 du Statut de Rome. Le 2 janvier 2015, son adhésion au Statut de Rome a été entérinée ; ses dispositions sont entrées en vigueur le 1er avril 2015 à l'égard de cet État.

[147] *Ibid*.

[148] En ce sens : I. PREZAS, *J.-Cl. Droit international*, fasc. 450 : Crime d'agression. – Définition du crime d'agression. – Répression du crime d'agression, 2014, n°15. Encore que l'on pourrait considérer que pour la détermination de sa compétence juridictionnelle la CPI doit effectivement s'en remettre à l'Assemblée des États parties tandis qu'il lui revient de préciser le domaine d'application des crimes qui relèvent de sa compétence. Mais la détermination du statut étatique d'une entité dépassant les enjeux de la qualification pénale il y a lieu de croire que la CPI choisira de s'aligner sur la position des institutions internationales.

et du droit humanitaire, par les obligations ou interdictions qu'elles énoncent, laissent bien entrevoir certains critères distinctifs du rapport de force considéré, mais cela reste implicite. La même imprécision affecte le droit international pénal. Bien qu'il s'agisse d'un critère décisif de la qualification du crime de guerre[149], les textes d'incrimination ne délimitent pas le contexte de conflit armé ; certains n'y font, tout bonnement, aucune allusion. Dans ces conditions, les juridictions pénales internationales n'ont pas eu d'autre choix que de procéder, elles-mêmes, à ce délicat exercice de définition, ce qui les conduit à établir 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* »[150].

38. Identification des caractéristiques subjectives des groupes ciblés par l'emploi de la force. – Si les indications fournies sont minimales, elles laissent néanmoins entrevoir les différences existant entre les contextes de conflit armé et l'agression armée. D'une part, d'autres entités que l'État sont évoquées ce qui suggère que ne sont plus visés des groupes politiques, mais des groupes sociaux (A). D'autre part, la définition évoque le recours à la force *entre* groupements, ce qui souligne la seconde caractéristique subjective de l'entreprise martiale, soit la destination de la violence armée vers le groupe social incarnant l'adversaire au conflit (B).

A. Un groupe social

39. Caractéristiques identitaires du groupe ciblé. – Tandis que la notion d'agression armée sous-tend une conception politique de la guerre, la notion de conflit armé aborde la situation d'hostilité comme un fait social, c'est-à-dire comme une lutte opposant des *individus*. Ce changement de prisme explique, d'ailleurs, que l'État ne constitue plus l'unité de référence. Puisque les groupements aux prises sont considérés à travers leur composition humaine (1), leur constitution politique n'apparaît pas déterminante : le rapport de force peut intervenir entre des collectivités présentant diverses identités (2).

1- La composition humaine du groupe pris pour cible

40. Le conflit armé, un rapport de force interhumain. – Dans le conflit armé, les groupes engagés dans le rapport de force ne sont plus conçus à l'aune de leur réalité politique, mais humaine : ce sont les *hommes* engagés dans la guerre et exposés à ses ravages qui sont considérés. La définition procurée par la jurisprudence du TPIY ne le signale pas expressément puisqu'elle vise différentes entités abstraites – l'État, les autorités gouvernementales ou des

[149] TPIY, *Affaire le Procureur c. Kunarac et consorts*, arrêt d'appel (IT-96-23-A), ch. d'app., 12 juin 2002, n°58 (ci-après « arrêt *Kunarac et consorts* »).
[150] TPIY, arrêt *Tadić* relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence, préc., n°70.

groupes armés organisés –, sans davantage préciser leur composition naturelle. Les Conventions internationales régissant la conduite des conflits armés laissent toutefois très clairement constater que ce corps normatif est centré sur l'individu. Celui-ci est non seulement le destinataire des injonctions formulées, mais également son bénéficiaire, les règles applicables ayant vocation à assurer la protection des personnes exposées, de près ou de loin, aux hostilités. La profusion des références au concept d'*humanité* – jusque dans la désignation même de cette branche du droit international applicable aux conflits armés : le droit *humanitaire* –, pour qualifier[151] ou expliquer[152] les obligations incombant aux groupes belligérants achève, par ailleurs, d'en rendre compte : le conflit armé est un rapport de force interhumain.

41. Le conflit armé, un rapport de force intersociale. – Mais plus encore qu'une relation interhumaine, c'est une relation *intersociale* qui caractérise le conflit armé. L'accent mis sur l'homme, dans les instruments conventionnels, ne doit pas tromper : si la finalité du droit des conflits armés est effectivement de protéger des *individus*, la notion de conflit armé couvre spécifiquement un usage de la force dirigé contre *un groupe d'individus* identifié comme tel, c'est-à-dire comme un ensemble de personnes perçu dans sa totalité[153]. Cette qualité collective du sujet visé par la violence déployée est déterminante de la qualification de cette situation contextuelle. Elle constitue le critère distinctif du conflit armé d'autres types de heurts collectifs, telles que des rixes voire des manifestations spontanées de révolte, comme les

[151] Tantôt, le concept d'humanité sert à qualifier un standard juridique. Il en va ainsi, par exemple, lorsque les dispositions conventionnelles énoncent que certaines catégories de personnes « *doivent en toutes circonstances être traitées avec humanité* » : Protocole additionnel I du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, art. 10 al. 1 (dans le même sens : v. l'art. 75 al. 1 de ce même protocole). Pour d'autres illustrations, v. l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949, les articles 4, 5 al. 3 et 7 al. 2 du Protocole additionnel II du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatifs à la protection des victimes des conflits armés non internationaux,

[152] Tantôt le concept d'humanité est invoqué en tant que fondement éthique des normes édictées. C'était déjà le cas dans le Code Lieber de 1863, qui posait les instructions à destination des armées en campagnes des États-Unis d'Amérique et que l'on présente comme l'un des premiers *corpus* de droit dans la guerre. Il est énoncé, en son article 4 que « *La loi martiale n'est autre chose que l'autorité militaire exercée conformément aux lois et usages de la guerre. (...) il appartient à ceux qui l'administrent d'être strictement guidés par les principes de justice, d'honneur et d'humanité (...)* ». On retrouve cette idée dans la clause de Martens, exposée dans le préambule de la quatrième Convention de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, du 18 octobre 1907, et formulée comme suit : « *En attendant qu'un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique* » (nous soulignons). A noter qu'il est également souligné, toujours dans le préambule de cette même Convention, que les règles énoncées ont vocation à préserver « *les intérêts de l'humanité et les exigences toujours progressives de la civilisation* » (nous soulignons). Le préambule du Protocole additionnel II du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 aout 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux peut également être mentionné : il rappelle, quant à lui, que « *pour les cas non prévus par le droit en vigueur, la personne humaine reste sous la sauvegarde des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique* » (nous soulignons).

[153] R. DURRANT, « Collective violence : an evolutionary perspective », *Aggression and Violent Behavior,* vol. 16, n°5, 2011, p. 429.

émeutes[154] : tant que la force armée est dirigée contre des individualités – aussi nombreuses soient-elles – et non contre une collectivité, considérée dans sa globalité, le droit international pénal n'a pas vocation à s'appliquer, et ce, même si les affrontements considérés sont particulièrement dévastateurs.

42. Transition. – Le conflit armé s'analyse ainsi, par essence, en une relation *entre peuples*. Cela étant, seuls les affrontements de peuples étatiques étaient à l'origine considérés comme relevant de la notion de conflit armé. La délimitation juridique de cette situation contextuelle a cependant évolué et il est aujourd'hui largement admis que les sujets de la violence martiale employée peuvent revêtir différentes identités.

2- L'identité de la collectivité prise pour cible

43. L'ouverture progressive du champ d'application personnel du droit dans la guerre. – La guerre est longtemps demeurée conçue comme une prérogative régalienne, de sorte que seules les guerres publiques, c'est-à-dire celles opposant les États souverains entre eux, ont été à l'origine légiférées. Il faut dire que les États étaient particulièrement réticents à ce que des conflits se déroulant à l'intérieur de leurs frontières puissent être régis par le droit international : il s'agissait, selon leurs vues, d'une ingérence dans leurs affaires internes, en totale contradiction avec le principe de souveraineté voulant que chaque État soit le maître chez lui. Les affrontements infra-étatiques sont ainsi restés pendant un certain temps soustraits à toute réglementation, ce qui permettait aux États de traiter les responsables des potentielles insurrections comme de vulgaires criminels de droit commun insusceptibles de se prévaloir des garanties instituées par le *jus in bello*. Mais les impératifs humanitaires ont néanmoins fini par supplanter les résistances souverainistes. Après la seconde guerre mondiale, et les expériences des guerres civiles espagnole et grecque, il fut décidé d'ouvrir le champ des Conventions internationales aux conflits armés internes[155]. Dans la même lignée, le TPIY reconnaîtra que

[154] Les Conventions de droit international humanitaire excluent expressément les émeutes du champ d'application du droit international humanitaire : v. l'article art. 1, al. 2 du Protocole additionnel II du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 aout 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux. Les commentaires du CICR sont à cet égard éclairants puisqu'ils présentent les situations d'émeute comme *« des manifestations n'ayant pas d'emblée de dessein concerté »,* ce qui montre bien que le critère déterminant réside dans la finalité de la violence employée. V. Y. SANDOZ, C. SWINARSKI et B. ZIMMERMANN (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, n°4474. Le Statut de Rome exclut pareillement les émeutes du champ d'application de ses dispositions : v. les alinéas d) et f) de l'article 8 du Statut de Rome.

[155] Lors des travaux préparatoires aux Conventions de Genève du 12 août 1949, il fut d'abord envisagé d'ouvrir purement et simplement le domaine d'application des Conventions de Genève aux conflits armés internes. La réticence des États fut telle qu'il fallut se rabattre sur une solution intermédiaire. On consacra donc un article spécifiquement voué à la réglementation des conflits non internationaux au sein des Conventions de Genève de 1949. Cet article 3 qui leur est commun, constitue une sorte de « *Convention en miniature* ». Le régime applicable aux conflits non internationaux a été par la suite complété par le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, adopté le 8 juin 1977.

dans les conflits internes, « *le recours à une violence armée totale a pris une telle dimension que la différence avec les guerres internationales s'est de plus en plus effacée* »[156], si bien que les incriminations de crime de guerre devaient pouvoir s'appliquer tant aux conflits armés internationaux que non internationaux. En affirmant 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* »[157], la Chambre d'appel a ainsi ouvert le domaine du droit international pénal aux conflits de toute sorte, sans considération pour la qualité des groupes aux prises : depuis lors, il est admis que le rapport de force peut impliquer des groupements étatiques comme infra-étatiques.

44. L'emploi de la force armée contre un groupement étatique. – Pour ce qui concerne, en premier lieu, les groupes étatiques, la question principale est de déterminer contre qui doit concrètement s'exercer l'usage de la contrainte armée pour que *l'État* soit réputé ciblé. Il ne fait aucun doute que le déploiement de la force contre le corps de ses armées permet de conclure en ce sens : cette situation constitue l'hypothèse de conflit armé international par excellence. Les commentaires des conventions de Genève du 12 août 1949 du CICR ajoutent, à cela, qu'« *on ne devrait pas nécessairement écarter l'idée d'être en présence d'un conflit armé [international], même si l'affrontement armé n'implique pas des militaires, mais plutôt des organes étatiques non militaires tels que des forces paramilitaires, des gardes-frontières ou des gardes-côtes. N'importe lequel d'entre eux pourrait être impliqué dans des violences armées présentant les mêmes caractéristiques que celles impliquant les forces armées de l'État* »[158]. La jurisprudence de la CPI le confirme, lorsqu'elle énonce qu'« *un conflit armé international existe dès lors que des hostilités armées opposent des États à travers leurs armées respectives* <u>*ou à travers d'autres acteurs agissant en leur nom*</u> »[159]. Au vu de ces interprétations, il n'apparaît même pas nécessaire que les éléments pris pour cible soient formellement incorporés dans les troupes régulières : il suffit qu'ils puissent être considérés comme des organes étatiques, de droit ou de fait. Par extension, on peut même aller jusqu'à admettre que l'emploi de la force armée par un État, contre la population civile ou contre les biens à caractère civils d'un autre État, permet de conclure à l'existence d'un conflit armé international. Conformément au critère finaliste identifié, l'identité des personnes ou la nature des objets

[156] TPIY, arrêt *Tadić* relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence, préc., n°97.
[157] TPIY, arrêt *Tadić* relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence, préc., n°70.
[158] CICR, Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 2e édition, 2016, n°226.
[159] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°892 (nous soulignons). V. aussi : CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°541 ou encore : CPI, *Situation en république centrafricaine, Affaire le Procureur c. J.-P. Bemba Gombo*, 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 J.-P. Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-3343, Ch. prélim. II, 15 juin 2009, n°223 (ci-après : « décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Bemba Gombo* »).

atteints ne sont pas significatives : ce qui compte, en réalité, est que la *cible ultime* de la violence à laquelle il est fait recours soit l'État[160].

45. L'emploi de la force armée contre un groupement infra-étatique. – En second lieu, il est admis que la violence martiale puisse être dirigée contre un groupement infra-étatique, précisément « *un groupe armé organisé* »[161]. Les droits internationaux humanitaire et pénal convergent sur ce point. Ils retiennent la même désignation formelle et, surtout, la même conception substantielle des groupes considérés, en appréhendant le caractère organisé de l'entité comme l'expression d'une capacité à mettre en œuvre la force armée[162]. Pour autant, ces deux corps de règles ne coïncident pas parfaitement. Le droit humanitaire durcit la capacité militaire du groupement dans de strictes exigences d'organisation matérielle – celui-ci doit exercer un contrôle sur le territoire du conflit et être structuré hiérarchiquement[163] – tandis que le droit international pénal ne fixe aucun seuil d'organisation particulier ; il exige, simplement, que le groupe soit doté d'une organisation suffisante pour lui permettre de mener à bien son entreprise martiale. Cette différence notionnelle emporte un certain éclatement du régime de protection assortissant la situation de conflit armé interne. En effet, il pourrait par exemple advenir qu'un groupe armé, tel un groupe terroriste, soit doté d'une capacité militaire certaine, sans cependant exercer de contrôle sur le territoire où prennent place les hostilités. Le cas échéant, ce dernier pourrait être tenu pour partie à un conflit armé interne au sens du droit international pénal, et ainsi bénéficier de la protection pénale conférée par les incriminations de crime de guerre, alors que cette qualité, et la protection associée, lui serait déniée par le droit international humanitaire. Cette dissonance entame sérieusement la cohérence du droit des conflits armés et peine d'autant plus à se comprendre que la norme pénale est censée être l'accessoire de la norme humanitaire, en venant sanctionner ses plus graves violations. En tout état de cause, et à s'en tenir au droit international pénal, il en ressort que l'organisation du groupement armé privé est à concevoir sur un plan matériel, comme l'expression des modalités par lesquelles le groupe conduit ses opérations armées, et non comme une organisation structurelle. Peu importe, donc, la nature de l'association collective. Il peut s'agir de tout groupement, par exemple des bandes armées, des guérilleros ou encore des groupes terroristes, pourvu qu'il satisfasse au critère de capacité mis en lumière.

---

[160] En ce sens : J. GRIGNON, « Le début de l'application du droit international humanitaire. Discussion autour de quelques défis », *RICR*, vol. 96, 2014, p. 119.
[161] TPIY, arrêt *Tadić* relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence, préc., n°70.
[162] Cette interprétation signale que les groupements armés non étatiques sont essentiellement pris en considération à travers leur qualité d'*acteur* du conflit armé, et non en leur qualité de *sujet passif* du rapport de force. Autrement dit, la question est ramenée à la détermination des collectifs mettant en œuvre l'entreprise martiale. C'est la raison pour laquelle ce critère d'organisation sera approfondi *infra*, n°230 et s., lors de l'étude de la matérialité de l'entreprise contextuelle et plus précisément de ses acteurs. Il reste que ces critères s'appliquant à la détermination des acteurs des conflits armés internes doivent guider ici l'identification de la cible des entreprises martiales : en toute logique, les conditions applicables sont les mêmes puisque les groupes parties à un conflit armé sont à la fois les sujets actifs et les sujets passifs du rapport de force.
[163] *Infra*, n°233 et s.

46. L'identification du groupe infra-étatique pris pour cible. – Dans la mesure où les groupes armés non étatiques ne se distinguent pas par leur organisation structurelle, leur prise pour cible peut se révéler difficile à établir. Aucun critère statutaire ou organique n'est opératoire, comme c'est le cas lorsque l'État constitue l'entité visée. La destination de la force armée n'en demeure pas moins cruciale : c'est à la seule condition où il apparaît que par-delà les individus atteints, la violence vise l'organisation qu'ils composent, que les opérations en cause peuvent être identifiées comme une entreprise martiale.

Cette fonction qualifiante de la destination de la violence armée est particulièrement patente lorsque les hostilités impliquent des forces étatiques et qu'il convient de déterminer si les circonstances relèvent d'un conflit armé ou de simples troubles intérieurs ou tensions internes[164]. Étant admis que ces dernières situations couvrent un usage de la contrainte armée ayant pour objet le maintien de l'ordre public[165], les opérations armées ont par définition vocation à atteindre des individus identifiés à partir de leurs agissements réputés subversifs. Autrement dit, les sujets visés par la force employée sont alors individualisés, au regard de leurs activités propres. En témoigne l'évocation « *[d]es arrestations massives de personnes en raison de leurs actes ou de leurs opinions* »[166] par le CICR, pour illustrer la réalité des tensions intérieures et troubles internes. Ainsi, il est clair que dans de telles situations, il n'est pas question d'atteindre, *in fine*, une organisation collective plus large, mais bien de neutraliser des individus personnellement identifiés. Le jugement *Boškoski et Tarčulovski* en fournit une illustration. Dans cette affaire, le TPIY devait déterminer si la confrontation ayant opposé, en 2001, les forces de l'ex-République yougoslave de Macédoine contre un groupe terroriste, l'« ALN », caractérisait un conflit armé interne. Le positionnement incertain du gouvernement compliquait la détermination du cadre juridique applicable. Le fait qu'un grand nombre d'Albanais aient été arrêtés pour des *infractions pénales* – et non à raison de leur appartenance présumée au groupe terroriste de l'ALN – pouvait notamment laisser penser que les actions armées engagées relevaient d'opérations de maintien de l'ordre[167] puisque, dans ce schéma, les sujets ciblés étaient effectivement individualisés. Cela étant, le tribunal nota que les ordres à l'initiative de l'emploi de la force par la police et l'armée appelaient à détruire « *les terroristes* » et à causer autant de pertes que possible « *parmi les forces vives* »[168]. Ainsi les opérations

---

[164] La détermination du cadre juridique applicable est cruciale puisqu'elle permet d'identifier si les agissements en question relèvent du droit humanitaire ou du droit des droits de l'homme. Pour une mise en œuvre de cette distinction et ses manifestations relativement à la pratique des meurtres ciblés, v. M. UBEDA-SAILLARD, « Encadrement par le droit international public et le droit humanitaire », *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme, implications juridiques*, dir. J. Alix et O. Cahn, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2017, p. 226.

[165] Y. SANDOZ, C. SWINARSKI et B. ZIMMERMANN (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, *op. cit.*, n°4474 : « *Il y a des troubles intérieurs lorsque, sans qu'il y ait conflit armé, l'État utilise la force armée pour maintenir l'ordre ; il y a tensions internes lorsque, sans qu'il y ait troubles intérieurs, l'emploi de la force est une mesure préventive pour maintenir le respect de la loi et de l'ordre* ».

[166] *Ibid.*, n°4474.

[167] TPIY, *Affaire le Procureur c. Boškoski et Tarčulovski*, jugement (IT-04-82-T), ch. 1ère inst. II, 10 juil. 2008, n°243 et n°247 (Ci-après : « jugement *Boškoski et Tarčulovski* »).

[168] *Ibid.*, n°243 et n°246.

visaient-elles, en réalité, un groupe identifié comme tel, ce qui amena le tribunal à établir que les offensives avaient dépassé le cadre d'opérations de maintien de l'ordre pour verser dans un conflit armé[169].

47. Transition. – Ainsi, les groupes sociaux parties à la lutte armée peuvent bien présenter différentes identités ; le critère déterminant de la qualification du conflit armé reste qu'ils soient spécifiquement identifiés comme une entité par leurs assaillants. Mais il faut, plus encore, que le groupe atteint ait été ciblé *en sa qualité d'adversaire*, pour que l'on puisse caractériser l'existence d'une telle entreprise martiale.

B. Un groupe incarnant l'adversaire

48. La réciprocité de la désignation hostile. – Le conflit armé n'est pas réductible à une situation où un groupement fait usage de la force dans ses relations avec un autre groupement. Il couvre un recours réciproque à la violence. La notion de « *conflit* » souligne, à elle seule, cette réalité. Elle indique l'existence d'une opposition de point de vue ou d'intérêts, d'une situation critique de désaccord[170], dont le dépassement est recherché par la force des armes. Chaque partie au différend incarne, pour son contradicteur, un adversaire à neutraliser afin de réussir à imposer ses prétentions, de sorte que chacun des groupes aux prises est *à la fois acteur* et *sujet* de la violence martiale employée.

49. La relation d'inimitié nourrie par les groupements en présence : un critère distinctif du contexte de conflit armé. – La réciprocité de la relation hostile nourrie par les groupements en présence constitue le trait saillant du contexte de conflit armé. Cet élément le distingue des autres situations contextuelles saisies par le droit international pénal, dans lesquelles le rapport de force est unilatéral. Que l'on raisonne sur l'agression armée ou sur les entreprises criminelles contre l'humanité et génocidaire, la contrainte est employée par un collectif donné, à l'encontre d'un autre groupe, sans que ce dernier n'oppose une résistance ; du moins, sans que sa réaction soit prise en compte au titre de la qualification de la situation contextuelle. D'ailleurs, dans le cas contraire, c'est-à-dire si le groupe pris pour cible en venait à recourir aux armes pour se défendre face à l'oppresseur, la situation deviendrait caractéristique d'un conflit armé[171], ce qui commanderait la requalification du contexte infractionnel, en impliquant d'importantes conséquences sur le plan répressif. En effet, l'état de guerre emporte l'application d'un régime de justification exceptionnel, certaines atteintes

[169] *Ibid*, n°246. A noter que d'autres facteurs ont pu être pris en considération à cet effet, telle que l'adoption de lois d'amnistie, par le régime, portant l'exonération des personnes ayant « participé au conflit » (*ibid*., n°247).
[170] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10ème éd., PUF, 2014.
[171] Pour peu que la finalité objective de l'entreprise de conflit armé soit bien vérifiée : pour la définition de ce but, v. *infra*, n°121-122.

devenant licites quand elles sont couvertes par les nécessités militaires[172]. Ce droit d'exception puise précisément sa raison d'être dans l'hostilité mutuelle que se vouent les belligérants : c'est parce que chaque groupement partie au conflit est mis à l'épreuve par la force employée par son opposant qu'il lui est permis de réagir par les armes afin de se protéger dans l'adversité[173].

50. La relation d'inimitié nourrie par les groupements en présence : un critère qualifiant du contexte de conflit armé. – On comprend, alors, que la caractérisation du conflit armé soit entièrement subordonnée à la vérification de la relation hostile nourrie par les groupements en présence. Les démonstrations de force concomitantes de différents groupes armés ne sauraient, en effet, suffire à caractériser l'existence d'un tel contexte : il faut pouvoir établir que chacune des parties impliquées s'identifiait mutuellement comme l'ennemi. Rappeler l'importance de cet élément peut passer pour un truisme, mais le traitement particulier des situations de conflits, en droit international, suggère que cela n'est pas inutile. Lorsqu'une guerre éclate dans un champ spatio-temporel donné mais qu'elle présente divers foyers, la macro-guerre est alors morcelée en différents micro-conflits[174]. Autrement dit, il n'est pas fait une appréhension holistique de la situation de guerre : on reconnaît autant de conflits différents qu'il existe de rapports antagonistes.

Les considérations relatives à la justification martiale qui viennent d'être exposées permettent d'expliquer une telle approche : si les groupes investis dans le conflit ne s'identifient pas réciproquement comme des adversaires, mais qu'ils mènent des luttes parallèles, la légitimation du recours à la force que fait naître le conflit armé n'a pas d'objet.

Tel fractionnement de la situation de crise se comprend, par ailleurs, au regard du traitement juridique différentiel des conflits armés internationaux et non-internationaux. Puisque les règles applicables – et partant, les incriminations de crime de guerre – dépendent de la nature du conflit en cause, il faut pouvoir identifier précisément le caractère des hostilités considérées pour déterminer le régime juridique applicable, ce qui peut se révéler délicat dans l'hypothèse où la situation combinerait des caractéristiques relevant à la fois des conflits armés internationaux et des conflits armés non internationaux (hypothèse de « conflit mixte »[175]). Tel peut être le cas si les affrontements sur le terrain se déroulent à la fois entre des forces étatiques entre elles, entre des forces étatiques et des groupes armés privés ou encore entre des groupes armés privés uniquement, comme il en allait par exemple au cours de la guerre survenue en ex-Yougoslavie. Le cas échéant, il revient alors aux juges internationaux de démêler les différentes rivalités pour caractériser les conflits en présence et déterminer leur nature.

---

[172] Sur le conditionnement des crimes de guerre par le défaut de nécessité militaire (élément injuste) du comportement commis, v. *infra*, n°182 et n°405-413.
[173] Sur ce point, v. *infra*, n°182.
[174] Sur le principe du morcellement des conflits admis par le droit international public, v. R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public,* Bruxelles, Bruylant, 2004, coll. de droit international, vol. 56, pp. 171-175.
[175] S. VITÉ, « Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités », *RICR*, vol. 91, 2009, p. 54.

51. Illustration par l'affaire *Mbarushimana*. – Cette fonction qualifiante de la relation hostile trouve plusieurs illustrations dans la jurisprudence de la CPI. On peut d'abord évoquer l'affaire *Mbarushimana*, dont le contexte était le conflit intervenu, en 2009, sur le territoire de la République démocratique du Congo, entre d'un côté le groupe armé non étatique du FDLR, et de l'autre côté les forces de la République démocratique du Congo (FARDC). Peu de temps après l'éclatement du conflit, les forces rwandaises de défense (FRD) pénétraient sur le territoire congolais pour mener l'opération armée *Umoja Wetu*, également dirigée contre les FARDC. L'accusation considéra que le conflit en question présentait un caractère international compte tenu de l'intervention de l'État Rwandais. La Chambre y opposa toutefois qu' « *on ne peut [donc] pas dire de la participation du Rwanda à l'opération* Umoja Wetu *qu'elle résulte d'un "différend surgissant entre deux États", puisque les deux forces gouvernementales (FARDC et FRD) combattaient côte à côte contre un ennemi commun, les FDLR* »[176]. Elle conclut donc à l'existence d'un conflit armé non international, la relation hostile opposant des forces étatiques *alliées* contre un groupe non étatique.

52. Illustration par l'affaire *Lubanga.* – L'affaire *Lubanga* fournit un autre exemple. Si la situation de conflit armé renvoyait, de manière générale, aux évènements survenus sur le territoire ougandais entre 2002 et 2003, plusieurs confrontations armées distinctes pouvaient être identifiées. D'un côté, une union de groupes armés congolais, l'UPC/FPLC, était engagée dans plusieurs affrontements : d'abord contre un autre groupe armé, le RCD-MML/APC ; ensuite, contre des milices lendu ; et enfin, contre les forces armées de l'Ouganda. D'un autre côté, les troupes ougandaises étaient également parties à un conflit contre les forces de la République démocratique du Congo. De ces éléments factuels, il ressort que les luttes conduites par l'UPC/FPLC et les forces armées congolaises convergeaient vers une même finalité : l'atteinte des forces armées ougandaises. Mais malgré cette cible commune, les entreprises martiales conduites demeuraient bien distinctes, à défaut d'alliance entre l'UPC/FPLC et les forces armées congolaises. L'indépendance des rapports d'adversité en cause conduisit la Chambre de première instance à reconnaître l'existence de deux conflits séparés, et de surcroît de nature différente : un conflit armé international, d'un côté, pour ce qui concernait l'opposition de la République démocratique du Congo à l'Ouganda, et un conflit armé interne, d'un autre côté, s'agissant de l'opposition de l'UPC/FPLC à l'Ouganda. Relativement à ce dernier antagonisme, il fut d'ailleurs expressément relevé que « *le conflit auquel l'UPC/FPLC était partie n'étant pas "un différend surgissant entre deux États", (...) il demeure non*

[176] CPI, *Situation en République démocratique du Congo, Affaire le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, décision relative à la confirmation des charges (ICC-01/04-01/10-465), ch. prélim. I, 16 déc. 2011, n°101 (Ci-après : « Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Mbarushimana* »).

international, en dépit de sa coexistence avec tout conflit armé international pouvant opposer l'Ouganda à la RDC »[177].

Comme achève de le montrer l'étude de ces deux affaires, la réciprocité de la désignation hostile est au cœur de la notion de conflit armé : l'identification mutuelle des groupes comme des adversaires constitue à la fois un critère de qualification et un critère de délimitation de cette situation contextuelle.

53. Conclusion de la Section 1. – L'agression armée, comme le conflit armé, renvoie à la situation où un groupement fait usage de la force armée dans ses relations avec un autre groupement. Au-delà de cette réalité matérielle commune, ces entreprises martiales se distinguent l'une de l'autre par la qualité du groupement qu'elles visent. La première tend à atteindre une *entité politique*, l'État, tandis que la seconde cible une *entité sociale*, soit le groupe humain incarnant la partie adverse au conflit armé. Ainsi, même quand le recours à la force armée engage une même unité étatique, ces deux situations ne se confondent pas. Il est, au reste, un autre point de divergence entre ces deux contextes martiaux. Dans l'entreprise d'agression armée, l'emploi de la force armée est en effet unilatéral – il émane d'un État et est dirigé contre un autre État ; dans le conflit armé, il est au contraire bilatéral : chaque collectivité partie au différend use de la force armée contre son adversaire. En somme, les groupements aux prises se ciblent mutuellement : chacun d'entre eux tend son effort armé vers celui qu'il identifie comme son ennemi et constitue, dans le même temps, l'ennemi désigné par son opposant.

Ce processus de désignation hostile préside pareillement à la réalisation des entreprises criminelles contre l'humanité et génocidaire ; cependant, elle se rapporte alors à d'autres sujets.

Section 2. La cible des entreprises criminelles

54. Raison d'être du crime contre l'humanité et du génocide. – Paradoxalement, c'est à l'occasion de la seconde guerre mondiale que l'on se rendit compte que les relations d'inimité entre les peuples pouvaient déborder le champ des rapports martiaux. Au cours du conflit, la force armée fut en effet employée contre des collectivités qui n'incarnaient en aucun cas la figure de l'adversaire. Non moins désignées comme un ennemi à neutraliser, ces collectivités ont été la cible d'entreprises de persécution ou d'extermination d'envergure. Le système normatif de l'époque ne fournissait aucun fondement adapté à la répression de ces forfaits. Les qualifications issues du droit de la guerre n'étaient pas applicables dans la mesure où les exactions commises n'entretenaient aucun lien avec les hostilités. Il demeurait, certes, la possibilité de recourir aux qualifications de droit commun, mais à peine de « *laisser se diviser,*

[177] CPI, *Situation en République démocratique du Congo, Affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, jugement (ICC-01/04-01/06-2842- tFRA), ch. prem. inst. II, 14 mars 2012, n°563 (ci-après : « jugement *Lubanga* »).

se dénaturer l'holocauste en six millions de fois un meurtre »[178]. Il fut donc décidé de la création d'une infraction *ad hoc*, le crime contre l'humanité, à laquelle viendra ensuite s'ajouter celle de génocide, afin de transcrire, du mieux possible, la réalité de ces entreprises criminelles visant à l'annihilation de collectivités humaines entières.

55. Identification de la victime collective du crime contre l'humanité et du génocide. – Cette présentation liminaire laisse entrevoir que la physionomie du crime contre l'humanité et du génocide est semblable à celle du crime de guerre, en ce sens que toutes ces infractions se rapportent à un usage de la violence dirigée contre des *groupes sociaux*. D'autres points de convergence entre ces qualifications pourront d'ailleurs être relevés au fil de cette étude, sans que l'on puisse y voir, pour autant, de quelconques redondances. Ces infractions restent bien distinctes, même si elles sont assurément voisines. En témoigne le fait que chacune d'entre elles s'inscrit au sein d'une attaque dont la victime collective ciblée diffère selon que l'entreprise est criminelle contre l'humanité (§1) ou génocidaire (§2).

§1. La cible de l'entreprise criminelle contre l'humanité

56. Une population civile quelconque. – La définition du crime contre l'humanité a largement évolué depuis l'incrimination originelle de l'infraction. De nouveaux crimes sous-jacents ont été consacrés au fil des textes successifs et l'attaque contextuelle enrichie de certaines caractéristiques. Un élément, en revanche, est demeuré constant : la violence à laquelle il est fait recours doit être dirigée contre une population civile, quelle qu'elle soit. Cet élément de définition marque la spécificité de l'infraction, d'abord parce qu'il met en exergue « *la* qualité *si l'on peut dire "collective" des victimes, non individuellement choisies et visées, mais persécutées et détruites anonymement, en bloc ou en masse* »[179], ensuite parce qu'il qualifie la collectivité prise pour cible. S'il en ressort que la qualification du contexte criminel contre l'humanité est conditionnée par la composition civile de la population ciblée (A), il apparaît également que l'identité de ladite entité est parfaitement indifférente, étant admis qu'il peut s'agir d'une population civile quelconque (B).

A. <u>Une population civile</u>

57. Notion de population civile. – La première caractéristique de l'attaque contextuelle du crime contre l'humanité est d'être dirigée contre une *population civile*. Cette condition est

[178] C. LOMBOIS, « Un crime international en droit positif français. L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », in *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1997, p. 372.
[179] J. GRAVEN, « Principes fondamentaux d'un Code répressif des Crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, 1950, p. 26.

depuis toujours posée par les textes d'incrimination[180] ; pour autant, aucun d'entre eux n'a jamais défini son contenu substantiel, que ce soit quant à la notion de « *population* » ou quant à sa qualité de « *civile* ».

S'agissant du premier de ces éléments, la jurisprudence est peu diserte. Elle se borne à établir que le terme « population » assoit l'identité collective de la victime prise pour cible[181], sans autre forme de précision. La doctrine, lorsqu'elle explique que cette composante renvoie à « *un groupe de personnes possédant des caractéristiques distinctives les marquant comme la cible de l'attaque* »[182], fait valoir la même interprétation.

Le second élément, soit la qualité *civile* de la population visée a davantage retenu l'attention des juridictions, ce qui n'est guère étonnant dans la mesure où ce critère, à la différence de l'autre, singularise l'entité victime du crime contre l'humanité. La jurisprudence pénale internationale s'est alignée sur les prévisions du droit international humanitaire pour la définir. Elle retient que « *la population civile comprend toutes les personnes civiles par opposition aux membres des forces armées et aux autres combattants légitimes* »[183]. Cette approche négative du groupe visé a le mérite de tracer une frontière nette entre les contextes du crime de guerre et du crime contre l'humanité : alors que le premier couvre l'attaque de *groupes armés*, le second saisit, au contraire, l'attaque de tout groupe social à l'exclusion de ces derniers.

58. Appréciation de la constitution civile de la population visée. – Si la définition de la population civile retenue est plutôt stricte, la jurisprudence se montre néanmoins compréhensive lorsqu'elle apprécie la composition d'un groupe donné. Il est largement admis que la présence de combattants au sein de la population n'a pas d'incidence sur sa qualification : celle-ci est quand même réputée civile[184]. Simplement, il faut qu'elle soit *majoritairement*

---

[180] Art. 6 al. c) du Statut du TMI de Nuremberg ; art. 5 al. c) du Statut du TMI de Tokyo ; Art. 3 du Statut du TPIR ; Art. 5 du Statut du TPIY ; Art. 7 al. 1 du Statut de Rome.

[181] TPIY, *Affaire le Procureur c. Tadić*, jugement (IT-94-1-T), ch. pr. inst., 7 mai 1997, n°644 (Ci-après : « jugement *Tadić* »).

[182] G. METTRAUX, « Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda », *Harvard international law journal*, vol 43, n°1, 2002, p. 255 : « *A "population" is a sizeable group of people who possess some distinctive features that mark them as targets of the attack* » (traduction libre). Pour une définition quasi identique, v. G. WERLE et F. JESSBERGER, *Principles of international criminal law*, Oxford university press, 3ème éd., 2014, n°882.

[183] TPIY, *Affaire le Procureur c. Kunarac et consorts*, jugement (IT-96-23-T), ch. prem. inst., 22 fév. 2001, n°425 (ci-après « jugement *Kunarac et consorts* »). Cette définition a été reconduite par la jurisprudence de la CPI : v. not. : CPI, *Situation en République démocratique du Congo*, *Affaire le Procureur c. Katanga*, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (ICC-01/04-01/07-3436), ch. prem. inst. II, 7 mars 2014, n°1102 (ci-après : « jugement *Katanga* » ; CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Bemba Gombo*, préc., n°78.

[184] Cette règle interprétative est posée par le Protocole additionnel I du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, en son art. 50 al. 3. La jurisprudence pénale internationale l'a très largement consolidée : v. not. : TPIY, jugement *Tadić,* préc., n°638 ; TPIY, jugement *Kunarac et consorts*, préc., n°425 ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Kordić et Čerkez*, arrêt d'appel (IT-95-14/2-A), ch. appel, 17 déc. 2004, n°50 (ci-après : « arrêt *Kordić et Čerkez* ») ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Blaskić,* arrêt d'appel (IT-95-14-A), ch. d'app., 29 juil. 2004, n°115 (ci-après : « arrêt *Blaskić* ») ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Galić*, arrêt d'appel (IT-98-29-A), ch. appel, 30 nov. 2006, n°135-138 (ci-après : « arrêt *Galić* »). S'agissant du TPIR, v. not. TPIR, *Affaire le Procureur c. Akayesu,* jugement (ICTR-96-4-T), ch. prem. inst. I, 2

civile[185] et qu'elle ait été la cible *principale* de l'entreprise[186]. Sur ce dernier point, la jurisprudence est formelle. Il n'y pas d'attaque, au sens du texte d'incrimination du crime contre l'humanité, si l'atteinte portée au groupe de civils n'est que la conséquence incidente d'une campagne poursuivant un autre objectif. Les « dommages collatéraux » susceptibles d'être occasionnés au cours d'une opération militaire échappent, dès lors, à la qualification de crime contre l'humanité – ce qui n'écarte pas, cependant, la possibilité de qualifier ces mêmes atteintes de crime de guerre[187] –.

59. Critiques de délimitation jurisprudentielle de la notion de population civile. – En dépit de cette relative souplesse de la qualification judiciaire, la délimitation jurisprudentielle de la notion de population civile a essuyé de nombreuses critiques. D'une part, elle a constitué un point de tension entre les Chambres du TPIY, eu égard à la situation particulière des résistants. Certains juges ont estimé que la délimitation opérée était trop restrictive, car elle revenait à priver ces derniers acteurs – qui font partie des « *combattants légitimes* »[188] au sens des instruments conventionnels – d'une protection qui leur était auparavant concédée. En effet, l'applicabilité du crime contre l'humanité aux crimes commis contre des résistants avait été expressément reconnue dans la jurisprudence antérieure : d'abord,

---

sept. 1998, n°582 (ci-après: « jugement *Akayesu* ») ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, jugement, (ICTR-95-1-T), ch. prem. inst. II, 21 mai 1999, n°128 (ci-après: « jugement *Kayishema et Ruzindana* ») ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Rutaganda,* jugement (ICTR-96-3-T), ch. prem. inst. I, 6 déc. 1999, n°72 (ci-après : « jugement *Rutaganda* ») ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Musema*, jugement (ICTR-96-13-T), ch. prem. inst. I, 27 jan. 2000, n°207 (ci-après : « jugement *Musema* ») ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Bagilishema*, jugement (ICTR-95-IA-T), ch. prem. inst. I, 7 juin 2001, n°104 (ci-après : « jugement *Bagilishema* »). Pour la jurisprudence de la CPI, v. not. : CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1105 ; CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°153.

[185] TPIY, *Affaire le Procureur c. Krnojelac*, jugement (IT-97-25-T), ch. prem. inst. II, 15 mars 2002, n°56 (ci-après : « jugement *Krnojelac* ») ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Mrkšić et consorts*, jugement (IT-95-13/1-T), jugement, ch. prem. inst. II, 27 sept. 2007, n°442 (ci-après : « jugement *Mrkšić* ») : la population doit être « *majoritairement* » civile. TPIY, jugement *Kunarac et consorts*, préc., n°425 : la population doit être « *à dominante civile* » ; TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°128 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Semanza*, jugement (ICTR-97-20-T), Ch. 1ère inst. III, 15 mai 2003, n°330 (ci-après : « jugement *Semanza* ») : la population doit être « *essentiellement* » civile.

[186] TPIY, arrêt *Kunarac et consorts*, préc., n°92. TPIY, *Affaire le Procureur c. Stakić*, jugement (IT-97- 24-T), jugement, ch. prem. inst. II, 31 juil. 2003, n°624 (ci-après: « jugement *Stakić* ») ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Vasiljević*, jugement (IT-98-32-T), ch. prem. inst. II, 29 nov. 2002, n° 33 (ci-après : « jugement *Vasiljević* ») ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1104 ; CPI, *Situation en république centrafricaine, Affaire le Procureur c. J.-P. Bemba Gombo*, jugement (ICC-01/05-01/08-3343), ch. prem. inst. III, 21 mars 2016, n°153 (ci-après : « jugement *Bemba Gombo* »).

[187] L'atteinte incidente à la population civile, à l'occasion d'une opération militaire, est spécifiquement érigée en crime de guerre par le Statut de Rome par l'article 8 al. 2, b, iv) du Statut de Rome. L'incrimination s'applique exclusivement aux conflits armés internationaux.

[188] Au sens de l'article 50 al. 1 (et des dispositions auxquelles renvoie cet article) du Protocole additionnel I du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux exclut « *les membres des milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés* » du champ de la notion de civil. v. Y. SANDOZ, C. SWINARSKI et B. ZIMMERMANN (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, n°1915.

dans l'ordre interne, par l'arrêt *Barbie* rendu par la Cour de cassation française[189] puis, dans l'ordre international, par une décision du TPIY délivrée à l'occasion de l'affaire *Mrkšić et consorts*[190]. À l'appui de ces deux décisions, et au renfort d'une interprétation téléologique des droits internationaux humanitaire et pénal, les juges du TPIY décidèrent que la qualité de civil devait être déterminée à la lumière de la situation concrète des personnes au moment de l'attaque, et non de leur statut de combattant[191]. Cette interprétation, dans un premier temps reconduite[192], a finalement été censurée par la Chambre d'appel saisie de l'affaire *Blaskić*, qui revint à l'interprétation initiale de la notion de population civile, exclusive des personnes combattantes[193].

Outre ces oppositions prétoriennes, la définition stricte de la population civile a, d'autre part, été désapprouvée par certains auteurs. Pour ces derniers, la démarcation de l'entreprise criminelle contre l'humanité, par rapport au contexte de conflit armé, est non seulement « *inutile* », mais de surcroît « *préjudiciable* »[194], dans la mesure où le crime contre l'humanité peut être commis en temps de paix : dans ce cas de figure, rien ne justifierait plus que les crimes commis contre les membres des forces armées soient exclus du champ de l'infraction[195].

60. Bien-fondé de la définition jurisprudentielle de la notion de population civile. – Ces différents reproches adressés à la délimitation prétorienne de la population civile n'ont pas lieu d'être. Ils procèdent d'une confusion entre la *victime collective* de l'infraction – la population ciblée par l'entreprise criminelle – et la *victime individuelle*, c'est-à-dire les individus atteints dans le cadre de la mise en œuvre de l'entreprise criminelle. Lorsqu'elle énonce que l'attaque doit être dirigée contre un groupe de civils, la jurisprudence ne dit pas que

---

[189] Cass. crim., Barbie, 20 déc. 1985, Bull. n°407, *JCP* 1986, II, 20655 : « *mais attendu qu'en prononçant comme elle l'a fait, en excluant la qualification de crimes contre l'humanité pour l'ensemble des actes imputés à l'inculpé qui auraient été commis contre des personnes appartenant ou pouvant appartenir à la résistance, alors que l'arrêt constate que les crimes "atroces" dont ces personnes ont été systématiquement ou collectivement les victimes étaient présentes, par ceux au nom de qui ils ont été perpétrés, comme justifiés politiquement par l'idéologie nationale-socialiste, et alors que ni les mobiles animant ces victimes, ni leur éventuelle qualité de combattants, ne sauraient exclure l'existence, à la charge de l'inculpé, de l'élément intentionnel constitutif des infractions poursuivies, la chambre d'accusation a méconnu le sens et la portée des textes visés aux moyens* ».

[190] TPIY, *Affaire le Procureur c. Mrkšić et consorts*, Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve (IT-95-13/1), ch. prem. inst., 3 avril 1996 (cité par TPIY, jugement *Tadić,* préc., n°643) : « *bien que les crimes contre l'humanité doivent cibler une population civile, les personnes qui, à un moment donné, se sont livrés à des actes de résistance peuvent, dans certaines circonstances, être victimes de crimes contre l'humanité* ».

[191] TPIY, *Affaire le Procureur c. Kupreškić et consorts,* jugement (IT-95-16-T), ch. prem. inst., 14 jan. 2000, n°547 (ci-après : « jugement *Kupreškić et consorts* ») ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Blaskić*, jugement (IT-95-14-T), ch. prem. inst., 3 mars 2000, n°208-209 (Ci-après: « jugement *Blaskić* »).

[192] V. not. : TPIY, jugement *Krnojelac*, préc., n°56 ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Jelišić,* jugement (IT-95-10-T), Ch. prem. inst.I, 14 déc. 1999, n°54 (ci-après : « jugement *Jelišić* »).

[193] TPIY, arrêt *Blaskić*, préc., n°113. Pour un exposé approfondi de cette décision, et sa critique, v. *infra*, n°495.

[194] K. AMBOS, *Temas de derecho penal y europeo*, Madrid, Pons, 2006, p. 305 qui qualifie la restriction induite par le critère tenant à la qualité de civil de « *innecesaria y dañina* ».

[195] *Ibid*. A noter que pour cet auteur, la seule solution envisageable est de « *supprimer le mot "civil" le plus vite possible de l'article 7 du Statut de Rome* » (traduction libre). V. aussi, pour d'autres critiques du même ordre : A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 3ème éd., 2013, p. 104.

seules les personnes répondant à cette qualité puissent être victimes d'un crime contre l'humanité. Elle énonce, simplement, que seules les attaques visant une entité composée de personnes civiles peuvent constituer le contexte de cette infraction. En réalité, toute personne, y compris les combattants, peuvent être victimes d'un crime contre l'humanité : la seule condition, à cet égard, est que leur atteinte se soit inscrite dans le processus criminel global lancé contre la population civile[196]. C'est dire que la lecture jurisprudentielle de cette dernière notion ne prive pas les membres des forces armées ou les résistants du bénéfice de la protection pénale, contrairement à ce qui a pu être allégué. Elle exclut seulement la possibilité que des attaques lancées contre des groupes armés puissent relever du crime contre l'humanité.

61. Transition. – En somme, la délimitation admise de la condition consistant dans la qualité civile de la population ciblée, qui est exclusive des groupes combattants, n'apparaît pas critiquable. Au contraire, elle est gage de clarté, et de cohérence, en coupant au risque d'enchevêtrement des catégories juridiques : les contextes du crime contre l'humanité et du crime de guerre sont ainsi nettement dissociés. Il faut par ailleurs souligner qu'il ne s'agit jamais que du seul critère limitant le champ contextuel du crime contre l'humanité, la population civile prise pour cible par l'entreprise pouvant revêtir n'importe quelle identité.

B. <u>Une population civile quelconque</u>

62. Indifférence à l'identité de la population ciblée par l'entreprise criminelle. – Le crime contre l'humanité institue une protection absolue des populations civiles face aux régimes oppresseurs. Toute collectivité, pour peu qu'elle présente la composition requise, est considérée, indépendamment de son identité objective (1). En réalité, seul importe le fait que le groupe en question ait été identifié comme cible, par un système criminel (2).

1- L'identité objective du groupe visé, un élément indifférent

63. L'identité indifférente de la population ciblée. – Le crime contre l'humanité, prévoit le Statut de Rome, s'inscrit dans une attaque lancée contre *toute* population civile[197]. D'autres formules sont parfois privilégiées : une population civile « *quelle qu'elle soit* »[198] ; une population civile « *quelconque* »[199]. Cependant, toutes signalent que l'identité du groupe social pris pour cible est dépourvue de pertinence.

Il est vrai qu'il en allait autrement dans le droit applicable devant le TPIR. À lire son Statut fondateur, le tribunal était exclusivement « *habilité à juger les personnes présumées*

[196] V. *infra*, n°492-496.
[197] Art. 7 al. 1 du Statut de Rome. Le Statut du TMI de Nuremberg retenait une définition similaire, à savoir « *toutes populations civiles* » (art. 6 al. c) du Statut).
[198] Art. 5 du Statut du TPIY.
[199] Art. 7 al. 2, a) du Statut de Rome.

responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse »[200]. Le critère discriminatoire venait restreindre les catégories de populations civiles protégées à celles revêtant les caractéristiques identitaires mentionnées. Mais comme le suggère la formulation de la disposition, cette limite était essentiellement juridictionnelle. Tout au plus, il s'agissait de circonscrire la compétence du tribunal, en contemplation de la nature des évènements survenus sur le territoire rwandais, mais non de modifier les conditions juridiques du contexte du crime contre l'humanité[201]. L'identification objective des groupes protégés se veut donc purement conjoncturelle ; on ne la retrouve, d'ailleurs, dans aucun autre texte d'incrimination du crime contre l'humanité.

64. Élément distinctif du crime contre l'humanité. – L'indétermination des populations civiles visées souligne le caractère absolu de la protection pénale conférée à cette catégorie de collectivités, et par là même la raison d'être du crime contre l'humanité. La seconde guerre mondiale a en effet révélé que les rapports fratricides entre les peuples pouvaient déborder le champ des relations martiales et, dans le même temps, l'incapacité du droit dans la guerre à les sanctionner. Non pas que le crime de guerre ne couvre pas les atteintes portées à des personnes civiles ; seulement, leur répression est tributaire d'un rapport d'allégeance avec la partie adverse, de sorte que les exactions perpétrées contre les civils ressortissants nationaux, alliés ou les personnes apatrides échappaient à sa qualification[202]. En investissant « *toute* » population civile en sujet de protection, l'incrimination du crime contre l'humanité a permis de remédier à cette lacune. Depuis lors, la soumission de tout peuple à un régime d'oppression est justiciable du droit international pénal, quelle que soit son identité : son compatriotisme avec les assaillants, pas plus que sa nationalité, son appartenance ethnique ou tout autre attribut susceptible de le distinguer, n'est à prendre en considération lorsqu'il est question d'entreprise criminelle contre l'humanité[203]. Si cette donnée constitue, ainsi, un critère distinctif de cette infraction d'avec le crime de guerre, on peut d'ores et déjà relever qu'elle marque également sa différence avec le génocide, au regard duquel les caractéristiques identitaires du groupe pris pour cible sont décisives[204].

---

[200] Art. 3 du Statut du TPIR.
[201] TPIR, *Affaire le Procureur c. Akayesu*, arrêt d'appel (ICTR-96-4-A), ch. d'appel, 1er juin 2001, n°465 (Ci-après : « arrêt *Akayesu* »).
[202] UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War, London, H.M. Stationery Office, 1948, p. 193.
[203] V. not. : TPIY, jugement *Tadić,* préc., n°635 ; TPIY, jugement *Kunarac et consorts*, préc., n°423 ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1103 ; CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°155 ; CPI, *Situation en République du Kenya*, 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, ICC-01/09-19-Corr-tFRA, Ch. prélim. II, 31 mars 2010, n°81 (Ci-après : « Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya »).
[204] V. *infra*, n°71 et s.

65. La dimension indifférente de la population civile ciblée. Le caractère indéterminé de la population prise pour cible trouve par ailleurs une expression quantitative. S'il faut, pour qualifier un ensemble d'individus de « population », pouvoir déceler l'existence d'une certaine cohésion entre eux, ce qui passe, le plus souvent, par leur établissement sur un territoire commun, il est depuis toujours affirmé en jurisprudence qu'« *il n'est pas nécessaire que toute la population de l'entité géographique dans laquelle s'est déroulée l'attaque y ait été soumise* »[205]. Autrement dit, peu importe que le groupe social identifié par le système criminel soit pris pour cible dans son entièreté : le groupe de personnes visées peut donc ne constituer qu'une fraction d'une communauté plus large, par exemple la portion d'une population nationale habitant dans une municipalité donnée[206].

66. Transition. – De ces différentes considérations, il ressort ainsi que les caractéristiques objectives de la population contre laquelle est dirigée l'attaque sont indifférentes. En réalité, ce qui importe est que les civils ciblés aient été subjectivement identifiés, comme un groupe, par l'organisation criminelle.

2- L'identification subjective du groupe par un système criminel, un élément déterminant

67. Le caractère discriminatoire de l'entreprise criminelle contre l'humanité. – Du défaut de pertinence des caractéristiques identitaires du groupe social visé par l'entreprise criminelle contre l'humanité, d'aucuns déduisent qu'« *il n'est pas nécessaire que la population soit choisie en fonction de critères discriminatoires pour qu'il y ait crime contre l'humanité. (…) Cette interprétation ouvre la perspective, notamment, de l'éventuelle qualification de crimes contre l'humanité de certaines attaques terroristes où les victimes civiles sont désignées purement par hasard* »[207]. Cette interprétation n'apparaît pas soutenable face à la lettre et l'esprit du texte d'incrimination. En effet, la condition juridique voulant que l'attaque ait été *lancée*

---

[205] TPIY, jugement *Stakić*, préc., n°523. V. aussi : TPIY, jugement *Tadić*, réf. préc., n°644 ; TPIY, jugement *Kunarac et consorts*, préc., n°424 ; TPIY, arrêt *Kunarac et consorts*, préc., n°90 ; TPIR, jugement *Bagilishema*, préc., n°80 ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1105 ; CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°154. *Adde* : CDI, Mémorandum du secrétariat général, *Le statut et le jugement du tribunal de Nuremberg – Histoire et analyse*, New-York, Publication des Nations unies, 1949, p. 72.

[206] En ce sens : P. CURRAT, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 108. V. cependant : G. METTRAUX, « Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda », préc., p. 255 : « *The concept of population operates as a minimum standard for determining which group of people may be said to be targeted by an attack. The size of a population must be placed within the context of an attack as a whole. Consequently, the few inhabitants of a tiny hamlet or of a detention center may not in principle constitue a "population" unless, for example, the crimes committed against that small group of individuals is part of a broader criminal campaign* ».

[207] D. BOYLE, « Génocide et crimes contre l'humanité : convergences et divergences », E. Fronza et S. Manacorda (éd.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc, étude des law clinics en droit pénal international*, Paris/Milan, Dalloz/Giuffrè, 2003, p. 329.

contre une population civile – à *titre principal*, précise la jurisprudence[208] – contredit cette lecture, puisqu'il en ressort que l'atteinte de la population civile ne doit pas avoir été le fruit du hasard[209]. Ainsi, il apparaît, au contraire, qu'il est impératif d'établir que la violence employée visait une population civile identifiée, au préalable, par le système criminel. Cette sélection du groupe visé dénote le caractère discriminatoire de l'entreprise d'ensemble[210], au sens où le cercle des victimes est bien *différencié* par le système criminel. Cet élément est fondamental. Il marque la spécificité du processus criminel caractérisant le contexte du crime contre l'humanité[211], processus dont le propre est de viser un groupe, considéré dans sa globalité, et non simplement un ensemble de victimes plurielles réunies à la faveur des circonstances.

68. Distinction avec le crime terroriste. – Cet aspect sélectif de l'entreprise constitue, notamment, un critère de distinction du crime contre l'humanité avec le crime terroriste. Le rapprochement de ces deux infractions se veut de plus en plus fréquent. La massification des attaques terroristes et l'importance des dommages qu'elles infligent à la population civile conduisent, en effet, bon nombre d'auteurs à considérer que la qualification de crime contre l'humanité – et le régime juridique afférent – pourrait leur être appliquée[212]. Mais bien qu'elles puissent effectivement recouvrir de semblables contingences matérielles, ces deux entreprises criminelles ne se confondent pas. Alors que dans le contexte d'un crime contre l'humanité, l'atteinte de la population civile constitue la finalité ultime de la violence exercée, dans le contexte terroriste, le mal causé à la collectivité n'est que le moyen d'atteindre un objectif plus général, à savoir la déstabilisation des structures fondamentales de l'État[213]. Cette dissociation

---

[208] V. la jurisprudence citée *supra*, n.b.p. n°186.

[209] TPIY, jugement *Stakić*, préc., n°624 ; TPIY, arrêt *Kunarac et consorts*, préc., n°90 ; CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Bemba Gombo*, préc., n°77 ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1105.

[210] Précisons qu'à ce stade, on entend exclusivement qualifier de discriminatoire *l'entreprise contextuelle*, et non l'infraction individuelle s'insérant en son sein. Ces deux considérations doivent être soigneusement distinguées, car il n'y a pas de parfaite symétrie entre l'action collective et l'action individuelle. Au plan matériel, d'une part, nous verrons que la victime individuelle ne doit pas forcément être membre de la collectivité prise pour cible au niveau global (v. *infra*, n°83 et s.). Au plan intentionnel ensuite, il apparaîtra que l'adhésion de l'auteur du crime sous-jacent au projet d'ensemble n'est pas requise : en d'autres termes, peu importe que la cible ultime de son comportement soit la population visée par l'entreprise d'ensemble (v. *infra*, n°667 et s).

[211] A. GARAPON, Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner, Pour une justice internationale, Paris, Odile Jacob, 2002, pp. 155-156 voit dans cet aspect discriminatoire de l'entreprise le « trait distinctif le plus saillant du crime contre l'humanité ».

[212] V. not. : A. CASSESE, « Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law », *EJIL*, vol. 12, n°5, 1er déc. 2001, pp. 994-995 ; P. KIRSCH, « Terrorisme, crimes contre l'humanité et Cour pénale internationale », *Livre Noir*, S.O.S. Attentats, février 2002, pp. 119 et s.

[213] A. GOGORZA, « Le terrorisme : une catégorie juridique », *Les politiques criminelles antiterroristes en Europe, Actes du colloque annuel de droit pénal comparé de l'ISCJ*, Les colloques de l'ISCJ, n° 1 – juin 2017, n°17 (disponible en ligne : https://iscj.u-bordeaux.fr/les-politiques-criminelles.html). V. aussi : J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal : étude critique des incriminations terroristes*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, vol. 91, 2010, n°633 ; M. MASSÉ, « La criminalité terroriste », *RSC* 2012, p. 89, n°1 et n°4 ; G. GUILLAUME, « Terrorisme et droit international », *RCADI*, vol. 215, 1989, p. 305, n°3 ou encore : J.-M. LANDA GOROSTIZA, « La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española : Reflexiones críticas », *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010, n°12-10, p. 11. *Adde* : F. MOLINS, « Actes de terrorisme, nouvelles formes

entre les sujets atteints et le but poursuivi par l'entreprise terroriste induit une différence fondamentale avec le crime contre l'humanité : l'attaque n'est pas sélective. « *Les victimes ne sont pas choisies pour ce qu'elles sont ; elles n'intéressent pas les auteurs dont les « cibles » sont au-delà. Le terrorisme frappe "n'importe qui", nul n'est à l'abri ; et la terreur vient en grande partie de cette indiscrimination* »[214]. Ainsi, l'entreprise terroriste ne répond pas à la même logique que l'entreprise criminelle contre l'humanité : certes, elle peut réaliser l'atteinte d'une *pluralité de personnes,* mais elle ne vise pas, pour autant, une *collectivité humaine* déterminée. À cet égard, la qualification de crime contre l'humanité est à écarter. Il demeure, toutefois, un cas de figure particulier dans lequel celle-ci pourrait trouver à s'appliquer, à savoir la situation dans laquelle l'atteinte de la population civile serait recherchée *au moyen* d'actes terrorisants. Mais, dans ce cas, le terrorisme ne constituerait plus une entreprise criminelle à part entière, à défaut de but caractéristique. Il se présenterait, en réalité, comme une simple *méthode d'action* appliquée à la réalisation d'un projet criminel contre l'humanité. C'est dans cette seule et unique hypothèse où l'acte terroriste perd son autonomie juridique pour participer du processus discriminatoire caractérisant le contexte du crime contre l'humanité que sa catégorisation en infraction internationale par nature peut être valablement envisagée.

69. L'indétermination du critère présidant à la discrimination de la population civile. – Il reste à effectuer une dernière précision. Affirmer le caractère discriminatoire de l'entreprise d'ensemble ne préjuge pas du critère opératoire de la désignation du groupe victime. Il est vrai que la criminalisation de la discrimination, par le droit pénal, est la plupart du temps appuyée sur une cause de stigmatisation déterminée, telle que l'appartenance raciale, ethnique ou religieuse, le sexe ou l'orientation sexuelle ou encore l'état de santé et, en particulier, l'existence d'un handicap[215]... Le crime contre l'humanité ne répond pas à ce modèle. Dans la mesure où son texte d'incrimination ne circonscrit pas les populations civiles victimes, il faut considérer que la stigmatisation peut procéder de n'importe quel motif. Autrement dit, il n'est aucune autre condition à la qualification du contexte que la marginalisation arbitraire d'une collectivité, par un système criminel.

---

de crime contre l'humanité ? » in *Soixante-dix ans après Nuremberg : juger le crime contre l'humanité*, dir. B. Cotte, P. Gahleh-Marzban et M. Massé, Paris, Dalloz, 2017, p. 111 pour une analyse du droit interne en ce sens.

[214] M. Massé, « La criminalité terroriste », *RSC* 2012, n°20.

[215] Pour ce qui concerne le droit pénal français, les causes de discrimination illicites sont recensées au sein de l'article 225-1 du Code pénal. Les critères évoqués sont très nombreux. Sont par exemple visés l'origine, le sexe, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, le lieu de résidence, l'état de santé, le handicap, l'orientation sexuelle, l'âge ou encore l'appartenance ou leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée (v. C. pén, art. 225-1, al. 1.). Il n'en demeure pas moins que la liste fournie est exhaustive, ce qui induit qu'aucune autre cause de discrimination que celles visées ne peut être admise. S'agissant du droit international pénal, on peut noter que les infractions de génocide ou de persécution, dont la composante discriminatoire est explicite, sont également définies par référence à des critères prédéterminés. Pour le génocide, il s'agit de l'appartenance nationale, ethnique, raciale ou religieuse du groupe (v. art. 6 du Statut de Rome). Pour les persécutions, qui constituent une infraction sous-jacente du crime contre l'humanité, ces motifs doivent être d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux, sexiste ou à tout le moins correspondre à un critère universellement reconnu comme inadmissible en droit international (v. 7 al. 1, h) du Statut de Rome).

Il s'ensuit que la politique inhumaine va pouvoir trouver de multiples expressions factuelles, dont la jurisprudence donne quelques aperçus. Par exemple, les entreprises criminelles portées à la connaissance du TPIY s'entendaient principalement de campagnes de purification ethnique, c'est-à-dire de « *la purge systématique, fondée sur des critères ethniques, de la population civile en vue de la contraindre à abandonner les territoires où elle vit* »[216]. Dans ces conditions, l'identification du groupe répond à un critère identitaire : la collectivité est visée car elle est porteuse de caractéristiques ethniques suscitant son rejet. Au regard des affaires soumises à sa connaissance, la CPI a quant à elle eu l'occasion d'affirmer que « *la population civile prise pour cible peut être un groupe défini par son affiliation (supposée) à un parti politique* »[217]. La situation est alors sensiblement différente, puisque ce ne sont plus des caractéristiques identitaires innées, mais acquises, qui sont à la cause de l'identification du groupe. L'incrimination sous-jacente de l'apartheid[218] signale, par ailleurs, que le critère opératoire de la discrimination peut être négatif, cette pratique couvrant l'institutionnalisation d'un régime de domination d'un groupe racial, à raison de son défaut d'appartenance à un groupe racial dominant. Ainsi, dans ce cas de figure, la collectivité est ciblée parce qu'elle ne présente pas les caractéristiques identitaires du groupe dont font partie les criminels. Autrement dit, c'est par exclusion que les individus rejetés en viennent à former un groupe distinct. Le jugement *Ntaganda* récemment rendu par la CPI établit, au reste, que cette forme particulière de stigmatisation dépasse le strict cadre de l'apartheid. En effet, dans cette affaire, il n'était aucunement question de politique de domination raciale, sinon d'une politique d'expulsion ayant visé les civils appartenant à l'ethnie lendu (l'identification est dans ce cas positive), mais également les civils « *perçus comme non ituriens* »[219] (l'identification du groupe est alors négative). La Chambre n'a pas hésité à retenir la qualification de crime contre l'humanité,

---

[216] NU, Commission des droits de l'homme, Sixième rapport périodique sur la situation des droits de l'homme dans le territoire de l'ex-Yougoslavie, doc. off. NU E/CN.4/1994/110, 21 fév. 1994, n°28.

[217] CPI, *Situation en République du Kenya*, *Affaire le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, Décision relative à la confirmation des charges rendues en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome (ICC-01/09-02/11-382-Red-tFra), ch. prélim. II, 23 janvier 2012, n°110 (ci-après : « décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Muthaura, Kenyatta et Ali* ») ; CPI, *Situation en République du Kenya, Affaire le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kogsey et Joshua Arap Sang*, décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome (ICC-01/09-01/11-373-tFRA), ch. prélim. II, 23 jan. 2012, n°164 (ci-après : « décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Ruto, Kogsey et Sang* »).

[218] Art. 7 al. 1, j) du Statut de Rome. L'article 7 al. 2, h) du Statut précisant que « *par "crime d'apartheid", on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime* ».

[219] CPI, *Situation in the democratic republic of the Congo, The prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Judgment (ICC-01/04-02/06-2359), Trial chamber VI, 8 juil. 2019, n° 689 : « Acco*rdingly, it concludes beyond reasonable doubt that the course of conduct took place pursuant to a policy of the UPC/FPLC to attack and chase away the Lendu civilians as well as those who were perceived as non-Iturians* » (Ci-après : « *Ntaganda judgment* »).

démontrant que les modalités de la discrimination du groupe victime sont, en toutes circonstances, dépourvues de pertinence juridique[220].

70. Transition. – En somme, la population peut être identifiée à la lumière de n'importe quelle considération, aussi bien pour ce qu'elle est, qu'à raison de ce qu'elle ne représente pas. Moins que l'identité concrète de la population visée, c'est son identification subjective par le système criminel, comme une entité indésirable, qui fonde l'existence d'une entreprise criminelle contre l'humanité. Cette largesse de la qualification contraste avec la délimitation de l'entreprise génocidaire, qui repose au contraire sur de stricts critères s'agissant du groupe pris pour cible.

§2. La cible de l'entreprise génocidaire

71. Un groupe national, ethnique, racial ou religieux. – Le champ d'application du génocide est bien plus étroit que celui des autres infractions internationales, au regard du cercle des collectivités susceptibles d'être prises pour cible. Celles-ci sont précisément identifiées par le texte d'incrimination, et réduites à quatre catégories d'entités : les groupes nationaux, ethniques, raciaux et religieux[221]. La définition de l'infraction énonce, en outre, que ledit groupe doit être visé « *comme tel* ». D'aucuns considèrent que cette locution n'a pas d'autre raison d'être que de marquer la qualité collective de la victime visée. Cette acception réduit toutefois à peu de chose l'intérêt de l'expression consacrée dans la mesure où le texte, en instituant des « groupes » en sujet de protection pénale, rend déjà compte de cette réalité. L'autonomie de cette condition peut néanmoins être préservée si l'on en retient une autre interprétation, voulant que le groupe soit pris pour cible à raison des caractéristiques sociales qui le définissent. À suivre cette conception, l'identité nationale, ethnique, raciale ou religieuse du groupe constitue un élément d'identification dual des groupes ciblés : un élément d'identification objectif du groupe visé, d'une part (A), et un élément d'identification subjectif du groupe visé d'autre part (B), en ce sens que ces caractéristiques identitaires constituent le motif de la discrimination dont est frappée l'entité.

[220] A noter que l'admission de la discrimination négative marque une différence majeure du crime contre l'humanité avec le génocide, cette dernière qualification exigeant que le groupe victime ait été identifié, positivement, à partir de ses caractéristiques identitaires. V. *infra*, n°90 et s.

[221] Depuis la création de l'infraction, l'incrimination est demeurée inchangée. Elle sanctionne les crimes commis « *dans l'intention de détruire, en tout ou partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel* ». V. not. art. 6 du Statut de Rome.

A. L'identification objective des groupes ciblés

72. Double critère d'identification. – Le texte d'incrimination du génocide renferme deux séries d'indices quant aux groupes pris pour cible : il précise à la fois leur composition (1) et leur dimension (2).

1- La composition du groupe

73. Groupes stables et permanents. – Pour l'artisan du concept de génocide, Raphaël LEMKIN, le crime de génocide devait fournir un cadre adéquat pour la préservation de toutes les minorités nationales[222], contre les tentatives d'extermination et d'oppression. Les rédacteurs de la Convention internationale afférente se sont, à cet égard, éloignés des travaux du juriste polonais, puisqu'ils ont considéré que seuls « *les groupes d'individus possédant, de façon permanente, certains caractères communs* »[223], pouvaient se prévaloir de la protection instituée par l'infraction de génocide. Concrètement, le critère était « *que l'appartenance à de tels groupes semblerait ne pouvoir être remise en cause par ses membres, qui y appartiennent d'office, par naissance, de façon continue et souvent irrémédiable* »[224]. S'en est suivie la délimitation des groupes concernés (a), et l'exclusion corrélative de tous les groupes plus « mouvants », en particulier des groupes politiques (b).

a- La délimitation des groupes protégés

74. Groupe national. – Sur le fondement du critère de la permanence sociale du groupe, quatre sortes de collectivités ont été identifiées. Le premier d'entre eux est le groupe national, catégorie qui n'est pas forcément facile à circonscrire. En témoignent les discussions ayant présidé à la rédaction de la Convention sur le génocide, dont il ressort l'absence de consensus sur le sens de l'expression admise. Pour certaines délégations présentes, l'approche à suivre devait être sociologique, c'est-à-dire fondée sur « *la culture, la langue et le mode de vie*

---

[222] Il est vrai que les travaux de LEMKIN manquent quelque peu de précision relativement aux groupes protégés. L'auteur évoque indistinctement « *les peuples* », « *les nations* », « *les groupes nationaux* » avant d'en venir « *aux minorités nationales* », alors que ces vocables ne sont pas équivalents sur le plan sociologique ou juridique. V. R. LEMKIN, *Qu'est-ce qu'un génocide ?*, Paris, Ed. du Rocher, Coll. « Démocratie et totalitarisme », 2008, pp. 215-240. Mais comme le signale M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide, étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français*, LGDJ, Fondation Varenne, coll. des thèses, vol. 62, 2013, n°72 : « *l'auteur semble tout de même mettre un accent particulier sur la notion de "minorité nationale"* » avant de relever que « *l'identification des minorités nationales aux groupes protégés est d'ailleurs accréditée par de nombreuses autres sources* ». Pour un exposé de ces sources doctrinales, conventionnelles ou judiciaires, v. *ibid*., n°73-79.

[223] Compte-rendu analytique des séances de la Sixième Commission de l'Assemblée générale du 21 septembre au 10 décembre 1948, 64ème séance, doc. off. A/C.6/SR.64, 1er oct. 1948, p. 19.

[224] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°511.

traditionnel d'une nation »[225]. D'autres estimaient qu'elle devait être davantage politique, et ainsi entendue au sens de citoyenneté d'un État[226]. Le TPIR s'est retranché derrière cette dernière interprétation, en établissant que « *le groupe national qualifie un ensemble de personnes considérées comme partageant un lien juridique basé sur une citoyenneté commune, joint à une réciprocité de droits et de devoirs* »[227]. Si telle est, encore aujourd'hui, la définition de référence, certaines décisions judiciaires montrent toutefois qu'elle n'est pas toujours appliquée strictement. Dans l'affaire *Krstić* par exemple, les juges du TPIY se sont affranchis de la conception citoyenne du groupe admise par leurs homologues du TPIR afin d'« *éviter que le terme "national" ne s'entende que de groupes purement politiques* »[228] c'est-à-dire, des collectivités étatiques, à l'exclusion des minorités nationales. Sans autrement s'expliquer sur le critère à appliquer, ils en sont venus à qualifier les musulmans de Bosnie de groupe national[229]. Non seulement incertaine, la délimitation de cette première catégorie sociale apparaît ainsi poreuse puisqu'elle recoupe, en l'occurrence, la catégorie des groupes religieux par ailleurs visée par la définition du génocide.

75. Groupe ethnique. – Cette perméabilité des qualifications se constate également à l'analyse de la notion de « groupe ethnique », qui est la deuxième entité désignée par le texte d'incrimination du génocide. D'après certains participants aux travaux préparatoires à la Convention onusienne, « *le groupe ethnique serait un sous-groupe du groupe national, s'agissant d'une collectivité plus petite que la nation* »[230]. Selon d'autres opinions, « *les mots "ethnique" et "racial" auraient la même signification* »[231]. Le TPIR s'est essayé à la délimitation de cette entité en relevant qu'« *un groupe ethnique qualifie généralement un groupe dont les membres partagent une langue ou une culture commune* »[232]. L'adoption d'une telle définition, par les juges d'Arusha, est assez curieuse. Alors que la qualification de groupe ethnique était, semble-t-il, la plus indiquée pour désigner la collectivité victime des campagnes génocidaires survenues au Rwanda, à savoir le groupe tutsi, les critères mis en lumière se révèlent peu efficaces : les membres de cette entité parlaient, en effet, le même langage que leurs assaillants hutus – le Kinyarwanda –, et partageaient des pratiques coutumières

---

[225] CESNU, Etude sur la question de la prévention de la répression du crime de génocide préparée par N. Ruhashyankiko (Rapporteur spécial), 31ème session, Doc. off. NU, E/CN.4/Sub.2/416, 4 juil. 1978, n°59-61 (ci-après : « Rapport Ruhashyankiko »).
[226] *Ibid*., n°62.
[227] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°512. La chambre s'est appuyée sur la décision suivante, rendue par la CIJ, pour asseoir son interprétation : Affaire Nottebohm (deuxième phase), Arrêt du 6 avril 1955, *CIJ Recueil* 1955, p. 4.
[228] TPIY, *Affaire le Procureur c. Krstić*, jugement (IT-98-33-T), ch. prem. inst., 2 août 2001, n°555 (ci-après : « jugement *Krstić* »).
[229] *Ibid*., n°559.
[230] Rapport Ruhashyankiko, préc., n°69.
[231] *Ibid*.
[232] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°513.

communes[233]. Certes, cela n'a pas empêché le tribunal de reconnaître le groupe tutsi comme un groupe ethnique à part entière[234]. Toujours est-il que l'imprécision affectant la détermination des entités protégées trouve ici une nouvelle illustration. La CPI semble, toutefois, peu sensible à cette problématique puisqu'elle a reconduit la définition posée par le TPIR, en identifiant néanmoins un critère supplémentaire : selon sa jurisprudence, constitue un groupe ethnique le groupe disposant de « *sa propre langue, ses propres coutumes tribales et son propre lien traditionnel à ses terres* »[235].

76. Groupe racial. – En troisième lieu, viennent les groupes raciaux. Par comparaison avec les autres catégories précitées, la délimitation de cette collectivité n'a pas réellement soulevé de discussions dans la mesure où certains instruments juridiques en fournissaient déjà une définition. Les délégations se sont notamment appuyées sur des déclarations de l'Unesco établissant que « *le mot "race" désigne un groupe ou une population caractérisés par certaines concentrations relatives quant à la fréquence et à la distribution de gènes ou de caractères, physiques qui, au cours des temps, apparaissent, varient et souvent même disparaissent sous l'influence des facteurs d'isolement géographiques ou culturels* »[236]. En réalité, c'est ailleurs que s'est situé le débat, à savoir dans l'utilisation d'un concept essentiellement forgé par des groupes suprémacistes afin de servir leur doctrine criminelle – en témoignent les guillemets enserrant le terme « race » dans la déclaration. La définition qui en sera livrée, par le TPIR, sera d'ailleurs critiquée à cet égard. Elle consiste à dire qu'« *un groupe racial se distingue par des traits physiques héréditaires souvent identifié par une région géographique indépendamment des facteurs linguistiques, culturels, nationaux ou religieux* »[237] ce qui est, selon un auteur, « *particulièrement dérangeant* »[238] dans la mesure où cela semble conforter les théories racistes ayant servi de support idéologique au groupe extrémiste du « *hutu power* » qui fut le maitre d'œuvre du génocide rwandais.

77. Groupe religieux. – La quatrième et dernière catégorie de groupes protégés consiste dans les groupes religieux. Leur inclusion peut être discutée au regard du critère de la permanence sociale du groupe dégagé par les rédacteurs de la Convention : à la différence des

---

[233] G. VERDIRAME, « The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, n°3, 2000, p. 592.
[234] v. not. TPIR, *Affaire le Procureur c. Bagosora et consorts*, jugement (ICTR-98-41-T), ch. prem. inst. II, 18 déc. 2008, n°2117 (ci-après : « jugement *Bagosora et consorts* ») où la chambre de première instance, s'appuyant sur la jurisprudence antérieure, « *[elle] fait observer qu'il est bien établi que l'ethnie tutsie est un groupe protégé* ».
[235] CPI, *Situation au Darfour (Soudan), Affaire le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (ICC-02/05-01/09-3-tFRA), ch. prélim. I, 4 mars 2009, n°137 (ci-après : « décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Al Bashir »).
[236] Quatre déclarations sur la question raciale, Paris, Unesco, 1969, citée dans le *Rapport Ruhashyankiko*, préc., n°74.
[237] *Ibid.*, n°514.
[238] O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, *op. cit.*, p. 89.

autres collectivités, les membres d'un groupe religieux ne paraissent pas unis par un lien indéfectible, mais plutôt par une volonté d'association, laquelle est révocable. Pour autant, leur intégration aux groupes protégés n'a jamais été remise en question ; au contraire, c'est celle qui a suscité le moins de débats. Les juges du TPIR ont livré une première définition de cette entité en tant que « *groupe dont les membres partagent la même religion, confession ou pratique du culte* »[239], avant de le présenter ensuite, comme « *un groupe [recouvrant] les confessions ou les modes de culte ou des groupes de personnes partageant les mêmes croyances* »[240]. Cette seconde définition, plus large, ne doit toutefois pas conduire à inclure n'importe quel groupe uni par une philosophie de vie commune, comme peut le laisser entendre la référence aux « croyances » partagées. Cette catégorie doit rester conçue à la lumière de la finalité affectée à la Convention, soit celle de préserver des formations humaines stables et objectivement identifiables[241]. Tel est en tout cas l'argument ayant été opposé à l'introduction des groupes politiques dans le champ de la protection instituée par l'infraction du génocide.

b- L'exclusion des groupes politiques

78. L'exclusion tardive des groupes politiques. – En vertu du critère de la permanence sociale du groupe, toutes les entités dont l'adhésion relève de l'exercice d'un choix délibéré ont été exclues du domaine de protection de l'incrimination. À l'origine, il avait pourtant été envisagé de les placer sous le régime protecteur de la Convention. Cela concerne les groupes économiques, culturels, sociaux, linguistiques mais surtout les groupes politiques, dont le sort a pu susciter de nombreuses discussions. S'agissant particulièrement de ces derniers, on peut noter que la résolution 96 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies ayant pour la première fois exprimé la condamnation universelle du génocide visait expressément les groupes politiques au titre des collectivités concernées[242], à l'instar des projets de Convention élaborés sous l'égide des Nations Unies[243]. Au reste, les interventions de certains représentants étatiques

[239] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°515.
[240] TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°98.
[241] C. KRESS, « The Crime of Genocide under International Law », *ICLR*, vol. 6, 2012, p. 479 considère, en cela, que les groupes athées ne sont pas concernés par l'infraction de génocide.
[242] AGNU, *Le crime de génocide*, Rés. 96(1), 11 déc. 1946.
[243] NATIONS UNIES, Conseil économique et social, Projet de Convention sur le crime de génocide, Doc. off. n°E/447, 26 juin 1947, art. 1 §1 : « *Le but de la présente Convention est d'empêcher la destruction des groupes humains d'ordre racial, national, linguistique, religieux ou politique* ». Pour les commentaires du Projet à ce propos, v. *ibid*., p. 21. L'année suivante, un comité spécial sera formé et chargé de rédiger un nouveau Projet de Convention en tant compte des avis formulés par les Etats sur l'avant-projet de 1947. L'inclusion des groupes politiques fut de nouveau soumis à discussion, et adoptée à quatre voix contre trois par les membres du comité. L'article II du Projet fut, dès lors, formulé comme suit : « *Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes prémédités ci-après, commis dans l'intention de détruire un groupe national, racial, religieux ou politique en raison de l'origine nationale ou raciale, des croyances religieuses ou des opinions politiques de ses membres* ». V. NATIONS UNIES, Conseil économique et social, comité spécial du génocide, Rapport du comité et projet de Convention élaboré par le Comité, doc. off. E/794, 26 mai 1948, p. 11.

indiquent que leur inclusion était acceptée par bon nombre d'entre eux[244]. La tendance s'inversa, toutefois, devant la sixième commission de l'assemblée générale. Certains représentants commencèrent à s'exprimer en défaveur de la pénalisation du génocide des groupes politiques, nourrissant une controverse qui aboutira, finalement, à l'exclusion de ces collectivités.

79. Les motifs de l'exclusion des groupes politiques. – Plusieurs considérations ont eu raison de l'inclusion des groupes politiques. Il fut notamment allégué que « *le groupe politique ne comporte pas des éléments stables et permanents et de caractère objectif, car il ne constitue pas un groupe nécessaire et homogène, étant basé sur la volonté de ses membres et non sur des facteurs indépendants de cette volonté* »[245]. L'argument peine toutefois à convaincre dans la mesure où les groupes religieux sont quant à eux pris en compte, alors qu'ils sont pareillement fondés dans un idéal commun unissant leurs membres (plutôt que dans des caractéristiques sociales innées communes). Par ailleurs, l'histoire contemporaine a démontré que ces collectivités sont objectivement identifiables, vu le traitement qui a pu leur être réservé dans les moments les plus sombres des luttes idéologiques ayant jalonné le XXème siècle ; les campagnes d'extermination menées par le régime des Khmers rouges, au Cambodge, contre leurs opposants, suffisent à en rendre compte. Mais l'exclusion des groupes politiques fut également appuyée sur d'autres arguments[246], dont l'un paraît avoir eu plus de poids que les autres : « *cette inclusion créerait des difficultés aux gouvernements établis de manière légale dans leur action de défense contre les éléments subversifs* »[247]. L'opposition fut principalement portée par le représentant de l'URSS, Andreï Vychinski, ce qui n'est guère étonnant quand on sait que le pays menait, au moment même des discussions, une campagne de répression ciblée de ses opposants politiques qui aurait pu être qualifiée de génocide si la définition retenue avait été de la sorte élargie[248]. En somme, l'ironie de la situation veut que la délimitation restrictive du domaine du génocide ait été déterminée par des prétentions aux antipodes de l'objectif de protection des peuples ayant conduit à l'adoption de la Convention onusienne.

80. Transition. – Depuis lors, la définition du génocide n'a jamais été remise en question. Seules les entreprises ciblant les groupes nationaux, ethniques, raciaux et religieux

---

[244] W. SCHABAS, *Genocide in international law*, *The crime of crimes*, Cambridge University Press, 2ème éd., 2009, p. 154. relève, notamment, que le représentant des États-Unis présentait le génocide comme « *des actes criminels dirigés contre des groupes humains raciaux, nationaux, religieux ou politiques* » ou encore, que la délégation française se référait aux « *aux attaques d'un groupe ou d'un individu, en tant que membre dudit groupe, à raison de sa nationalité, race, religion ou opinions* » (traduction libre).

[245] Rapport Ruhashyankiko, préc., n° 80.

[246] Par exemple que la protection des groupes politiques soulèverait la question de la protection par la Convention des groupes économiques et politique (*ibid*).

[247] L'argument avait déjà été avancé par les représentants de l'URSS et de la Pologne devant le comité spécial institué pour rédiger le Projet de Convention sur le génocide, sans succès : v. NU, Conseil économique et social, *Rapport du comité et projet de convention élaboré par le Comité*, doc. off. E/794, 26 mai 1948, pp. 11-12. Il l'emporta finalement devant la sixième commission : v. *Rapport Ruhashyankiko,* préc., n°80.

[248] C. BASSIOUNI, *The legislative history of the International criminal court, introduction, analysis and integrated text,* vol. 1, New-York, Transnational publishers, coll. « International and comparative law series », 2005, p. 149.

relèvent de l'infraction. La composition du groupe, toutefois, n'est pas la seule caractéristique soulignée par le texte d'incrimination. Il renferme également des indications relatives à la dimension de la collectivité visée.

2- La dimension du groupe

81. Fonction du critère. – La définition de l'infraction précise par ailleurs que l'acte doit avoir été commis dans l'intention de détruire un groupe « *en tout ou partie* »[249]. Cette condition signifie qu' « *il n'est pas nécessaire d'établir que l'auteur entendait procéder à l'anéantissement complet d'un groupe dans le monde entier* »[250]. L'expérience nazie démontre, il est vrai, que des projets d'une telle envergure ont déjà été ourdis et mis en œuvre par le passé. Mais l'histoire enseigne également que le processus de destruction peut, dans certains cas, ne viser que la portion d'un groupe plus large. Tel fut le cas, par exemple, de la politique génocidaire menée en ex-Yougoslavie, laquelle visait spécifiquement les musulmans *de Bosnie*, et non l'ensemble de la communauté musulmane. L'intégration du qualificatif « en tout ou partie » assure, ainsi, une délimitation réaliste de l'infraction en évitant que la qualification de génocide ne se trouve réduite aux entreprises visant l'extinction d'un groupe à l'échelle planétaire. Il s'ensuit que « *l'intention de détruire un grand nombre de personnes appartenant à un groupe peut être génocidaire, même si ces personnes ne représentent qu'une fraction du groupe dans une zone géographique donnée, qu'il s'agisse d'un pays, d'une région ou d'une seule communauté* »[251].

82. Contenu du critère. – La jurisprudence retient, plus concrètement, qu'il suffit d'établir que l'entreprise destructrice visait « *une partie substantielle* »[252] du groupe national, ethnique, racial ou religieux. Ce critère ne recèle aucune exigence numérique. Il est largement admis que le nombre de victimes ciblées, pas plus que le nombre de victimes effectives au

[249] Art. 6 du Statut de Rome.
[250] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°497 ; TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°95 ; TPIR, *Le procureur Seromba*, jugement, ICTR-2001-66-T, Ch. prem. inst, 13 déc. 2006, n°319 (ci-après : « jugement *Seromba* »).
[251] TPIY, *Affaire le Procureur c. Sikirica et consorts*, jugement relatif aux requêtes aux fins d'acquittement présentées par la Défense (IT-95-8-T), ch. prem. inst., 3 sept. 2001, n°68 (Ci-après : « jugement *Sikirica* »). V. aussi : TPIY, *Affaire le Procureur c. Jelisić*, jugement (IT-95-10-T), ch. prem. inst. I, 14 déc. 1999, n°54 (ci-après : « jugement *Jelisić* ») : « *il est admis que le génocide peut être perpétré dans le cadre d'une zone géographique réduite* » ou encore : TPIY, jugement *Krstić*, préc. n°584-585 ; TPIY, jugement *Stakić*, préc., n°523. Pour une application aux faits, v. TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°704 et n°733 dont il ressort que le génocide est retenu à l'endroit des exactions commises à l'encontre du groupe tutsi, et localisées dans la commune de Taba.
[252] V. not. : TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°96 ; TPIR, jugement *Bagilishema*, préc., n°64 ; TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°316 ; TPIR, jugement *Bagosora et consorts*, préc., n°2115 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Muvunyi*, jugement (ICTR-2000-55A-T), ch. prem. inst. II, 12 sept. 2006, n°483 (ci-après : « jugement *Muvunyi* ») ; TPIY, jugement *Jelisić*, préc., n°82 ; TPIY, jugement *Sikirica*, préc., n°65.

demeurant, n'est une condition de la qualification du génocide[253]. Tout au plus, cette donnée pourra constituer un élément de preuve de la réalité du projet destructeur[254]. Plus qu'un critère quantitatif, l'expression « *partie substantielle* » marque, en réalité, une approche qualitative de la cible désignée. Elle indique que la violence employée doit être dirigée contre « *une fraction distincte du groupe, et non une multitude d'individus isolés appartenant au groupe* »[255] ou, autrement dit, qu'il faut que les assaillants aient « *considéré la partie du groupe qu'ils souhaitaient détruire comme une entité distincte devant être éliminée, comme telle* »[256]. La condition énoncée rejoint, en définitive, celle régissant la qualification des autres entreprises contextuelles. Son but doit être l'atteinte d'un ensemble d'individus identifiés comme un collectif, et non, simplement, d'une somme d'individus réunis à la faveur des circonstances. Cela étant, le génocide reste néanmoins empreint d'une spécificité, par rapport aux autres infractions : le groupe protégé doit être visé *à cause de ses caractéristiques identitaires*.

B. L'identification subjective du groupe ciblé

83. Un groupe identifié « comme tel ». – Le texte d'incrimination du génocide ne se borne pas à définir objectivement les groupes victimes. Il énonce, en sus, que le projet de destruction doit cibler un groupe « comme tel ». Cette locution peut être comprise de différentes manières. Parfois, elle est réduite à un marqueur de l'identité collective de la victime du génocide[257]. Ainsi, selon un auteur, « *[l]'expression "comme tel" doit simplement signifier que le projet de destruction est dirigé contre un groupe en tant qu'entité et, corrélativement, contre des individus en tant que membres de ce groupe dans le dessein d'accomplir cette destruction : c'est tout ce qu'il semble possible de tirer d'une telle expression* »[258]. On peut néanmoins lui affecter une toute autre signification. L'analyse juridique (1) et conceptuelle (2) de l'expression

---

[253] TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°3163 ; TPIR, jugement *Muvunyi*, préc., n°483 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Muhimana*, jugement (ICTR-95-1B-T), ch. prem. inst. III, 28 av. 2005, n°514 ; (ci-après : « jugement *Muhimana* ») ; TPIY, jugement *Stakić*, préc., n°522.

[254] Le nombre élevé de victimes fournit, la plupart du temps, un élément utile à la démonstration du projet génocidaire. Pour autant, la présomption n'est pas irréfutable. Comme l'a exposé le TPIY dans le jugement *Krstić*, préc, n°590 : « *une campagne aboutissant au massacre, en différents lieux d'une vaste zone géographique, d'un nombre fini de membres d'un groupe protégé pourrait ne pas mériter la qualification de génocide, en dépit du nombre élevé de victimes, parce qu'il n'apparaît pas que les meurtriers aient eu l'intention de s'en prendre à l'existence même du groupe, comme tel* ». Du reste, la multiplicité de personnes lésées n'est pas le seul critère susceptible d'être pris en considération. L'atteinte d'un nombre plus limité de personnes, mais qui seraient sélectionnées en raison de l'impact qu'aurait leur disparition pour la survie du groupe, par exemple les dirigeants, ou les femmes du groupe, peut également permettre de présumer une intention génocidaire : v. TPIY, jugement *Jelisić*, préc., n°82 ; TPIY, jugement *Sikirica*, préc., n°76-77 ; TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°95.

[255] TPIY, jugement *Krstić*, préc, n°590.

[256] *Ibid*.

[257] V. par ex. : CDI, *Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs* retranscrit dans : *Ann. CDI*, 1996, vol. II (2), p. 47, n°7 : « *L'intention doit être de détruire le groupe "comme tel", c'est-à-dire comme entité séparée distincte, et non simplement quelques individus en raison de leur appartenance à ce groupe* ». *Adde* : TPIR, jugement *Bagilishema*, préc., n°64.

[258] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide, op. cit.*, n°364.

« comme tel » postule, en effet, que le groupe national, ethnique, racial ou religieux doit avoir été visé à raison de ses caractéristiques identitaires.

1- Analyse juridique de la locution « comme tel »

84. Interprétation de l'expression « comme tel ». – La locution « comme tel » est trop ambiguë pour que l'on puisse en tirer une quelconque interprétation immédiate. Pour en dégager le sens utile, il convient non seulement de remontrer aux travaux préparatoires à la Convention pour se livrer à son analyse exégétique (a) mais également, de sonder la jurisprudence afin de déterminer comment celle-ci interprète cette condition (b).

a- Analyse exégétique de la locution « comme tel »

85. Débats quant à la valeur juridique du motif du projet de destruction. – Dans le Projet de Convention de Génocide élaboré en 1948, les motifs de l'entreprise génocidaire participaient de la définition de l'infraction. La question avait bien suscité certaines discussions entre les membres du comité *ad hoc* chargé de son élaboration, mais la majorité estima que « *ces mobiles spécifiques devaient être retenus comme des conditions* sine qua non »[259]. L'infraction fut, de ce fait, définie comme la commission d'un acte donné « *dans l'intention de détruire un groupe national, racial, religieux ou politique en raison de l'origine nationale ou raciale, des croyances religieuses ou des opinions politiques de ses membres* »[260]. Lorsque le projet du comité fut soumis au vote de l'Assemblée générale des Nations Unies, la mention de ces motifs au sein du texte suscita d'abondants débats. Certains représentants s'exprimèrent clairement en faveur de leur intégration afin de marquer la spécificité du génocide[261]. Pour eux, les entreprises de destruction de groupes humains inspirées par d'autres motifs devaient être exclues du champ de la Convention : « *le génocide est la destruction de certains groupes déterminés pour des motifs précis de race, de nationalité, de religion. Donner une définition du génocide sans exposer les mobiles du crime serait incorrect et mal fondé du point de vue juridique* »[262], affirma, par exemple, le représentant de l'URSS. En revanche, d'autres représentants s'opposèrent fermement à leur inclusion, estimant que la destruction d'un groupe humain était criminelle en soi, quels qu'en soient les motifs. Tel était notamment l'avis du

---

[259] NATIONS UNIES, Conseil économique et social, comité spécial du génocide, Rapport du comité et projet de Convention élaboré par le Comité, doc. off. E/794, 26 mai 1948, p. 12, n°4.
[260] *Ibid*., p. 11.
[261] NATIONS UNIES, *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée Générale*, *Première partie*, Sixième commission, préc. Voir notamment les interventions suivantes effectuées au cours de la 75ème séance : M. Aboh (représentant de l'Iran), p. 118 ; de M. Raafat (représentant de l'Egypte) et M. Reid, (représentant de la Nouvelle-Zelande), p.119 ; de M. Bartos (représentant de la Yougoslavie), p. 120, M. Paredes (représentant des Philippines) et celles, ci-après, exprimées au cours de la 76ème séance : les interventions de M. Morozov (représentant de l'URSS) p. 121-122 ; et de M. Zourek (représentant de la Tchécoslovaquie), p. 124 ou encore de M. Messina (représentant de la République Dominicaine), p. 126.
[262] *Ibid*., p. 121.

représentant du Royaume-Uni, lequel arguait que « *le fait d'une guerre défensive n'est pas suffisant pour permettre la destruction d'un groupe entier* »[263]. Finalement, le débat se déporta sur l'adoption d'un amendement, proposé par le Venezuela, qui suggérait d'apposer le qualificatif « *en tant que tel* » à la désignation des groupes protégés, afin de préciser l'intention génocidaire. L'amendement fut adopté – néanmoins, c'est la formule « comme tel » qui finalement retenue – sans pour autant que n'ait été tranchée la question de l'interprétation à en retenir[264]. Les débats en sont restés là ; c'est dire que la valeur juridique des motifs de la stigmatisation du groupe est, en définitive, demeurée indéterminée.

86. Signification incertaine de la locution « comme tel ». – De ces travaux préparatoires, il ressort que l'absence d'allusion expresse aux motifs de la désignation du groupe national, ethnique, racial ou religieux comme cible ne transcrit aucune volonté affirmée, de la part des représentants à l'Assemblée Générale des Nations Unies, d'écarter cet élément des conditions de l'infraction. Au contraire, la teneur des débats laisse à penser que la majorité d'entre eux inclinait à son intégration. En somme, si l'expression « comme tel » marque incontestablement la qualité collective du sujet ciblé par l'entreprise, il n'est pas exclu que l'on puisse lui attacher une autre signification, plus implicite, tenant à la nature des considérations à l'origine de la sélection du groupe visé. L'analyse de la jurisprudence corrobore cette appréciation.

b- L'interprétation jurisprudentielle de la locution « comme tel »

87. Identification subjective et positive du groupe pris pour cible. – Les juridictions pénales internationales infèrent deux exigences de l'expression « *comme tel* » permettant de déduire que le projet de destruction doit être motivé par l'identité particulière du groupe protégé aux fins de la qualification du génocide[265] : elles retiennent en effet que le groupe doit être identifié subjectivement, à partir de ses caractéristiques identitaires (i) et ce, de manière positive (ii).

---

[263] *Ibid*., p. 120.
[264] *Ibid*., p. 133.
[265] A noter que l'expression « comme tel » est parfois entendu au sens d'un motif se rapportant à la commission de l'acte sous-jacent : « *L'expression "comme tel" signifie que l'acte incriminé doit avoir été commis à l'encontre d'un ou de plusieurs individus, parce que ces personnes étaient membres d'un groupe spécifique et en raison même de leur appartenance à ce groupe* » : TPIR, jugement *Muvunyi*, préc., n°485. Dans le même sens, v. not. : TPIR, jugement *Rutaganda*, préc., n°60 ; TPIR, jugement *Musema*, préc., n°165 ou encore : TPIR, *Affaire le Procureur c. Niyitegeka*, jugement portant condamnation (ICTR-96-14-T), ch. prem. inst. I, 16 mai 2003, n°410 (ci-après : « jugement *Niyitegeka* »). Ces jurisprudences, qui se rapportent au motif de l'atteinte portée à *la victime individuelle*, et non au motif du projet de destruction ciblant la *victime collective*, ne sont d'aucun intérêt pour la présente analyse. Elle seront traitées *infra*, n°498 et s., lors de l'étude de la qualification du comportement individuel génocidaire.

i. La nécessaire identification du groupe à partir de ses caractéristiques identitaires

88. La prise en compte implicite des motifs de la stigmatisation du groupe. – La qualification du groupe visé par l'entreprise génocidaire a été opérée suivant différentes méthodes devant les TPI. Le tribunal rwandais a dans un premier temps favorisé une approche objective du groupe. Par exemple, dans le jugement *Akayesu*, les juges ont pris en considération différentes données abstraites afin d'établir que les Tutsis pris pour cible constituaient un groupe protégé au titre du génocide, précisément un groupe ethnique : le fait que « *les tutsis constituaient, au Rwanda en 1994, un groupe dénommé "ethnique" dans les classifications officielles* » ou encore que « *les cartes d'identité rwandaises comportaient à l'époque la mention "ubwoko" en kinyarwanda ou "ethnie" en français, à laquelle correspondait, selon les cas, les mentions "Hutu" ou "Tutsi" par exemple* »[266]. Si cette ligne d'interprétation a pu être embrassée par certains juges du TPIR[267], ceux du TPIY se sont, quant à eux, inscrits en faux contre cette analyse. Ces derniers ont estimé que « *si la détermination objective d'un groupe religieux est encore possible, tenter aujourd'hui de définir un groupe national, ethnique ou racial à partir de critères objectifs et scientifiquement non contestables serait un exercice à la fois périlleux et dont le résultat ne correspondrait pas nécessairement à la perception des personnes concernées par cette catégorisation. Aussi est-il plus approprié d'apprécier la qualité de groupe national, ethnique ou racial du point de vue de la perception qu'en ont les personnes qui veulent distinguer ce groupe du reste de la collectivité* »[268]. Selon le tribunal, il convenait donc de privilégier une approche subjective du groupe visé : « *c'est la stigmatisation, par la collectivité, du groupe en tant qu'entité ethnique, raciale ou nationale distincte, qui permettra de déterminer si la population visée constitue, pour les auteurs présumés de l'acte, un groupe ethnique, racial ou national* »[269]. Cette grille de lecture sera à son tour désavouée. Sans dénier, dans l'absolu, la pertinence de cette approche, d'autres juges ont estimé que « *la seule définition subjective n'est pas suffisante pour délimiter les groupes victimes* »[270]. L'application exclusive de ce critère introduit, en effet, le risque d'une identification putative

[266] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°702.
[267] V. par ex : TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°523-524 où le groupe Tutsi est également qualifié de groupe ethnique sur le fondement de critères objectifs : « *la Chambre admet également que les Tutsis constituaient un groupe ethnique. A l'appui de cette thèse, l'Accusation a notamment démontré qu'à partir de 1931, les Rwandais étaient tenus de porter par devers eux des cartes d'identité qui les identifiaient comme Hutus, Tutsis ou Twas. Dé1ivrées par le Gouvernement, ces cartes d'identité indiquaient le groupe ethnique auquel appartenait le titulaire. (…) Les Rwandais étaient tous tenus d'avoir leur ethnie mentionnée sur les documents officiels. Il a ajouté que la question de l'identification basée sur l'appartenance ethnique de l'individu était singulièrement porteuse de dissensions au Rwanda (…). Des cartes d'identité portant la mention du groupe ethnique tutsi ont toutefois été trouvées sur les corps des victimes exhumées des fosses communes de Kibuye* ».
[268] TPIY, jugement *Jelisić*, préc., n°70. En ce sens également : TPIY, jugement *Krstić*, préc., n°557.
[269] *Ibid*.
[270] TPIR, jugement *Rutangada*, préc., n°57 ; TPIR, jugement *Musema*, préc., n°162 ; TPIY, arrêt *Stakić*, préc., n°25.

du groupe protégé, par les assaillants. Or, la lettre du texte, comme son esprit[271], exigent que l'entité ciblée présente certaines caractéristiques identitaires, sans quoi la protection pénale instituée n'aurait plus lieu d'être. Finalement, les juridictions *ad hoc* s'accordèrent à retenir une approche mixte appuyée à la fois sur « *des caractéristiques objectives du contexte social ou historique considéré et des perceptions subjectives des auteurs présumés des infractions* »[272]. L'oscillation de la jurisprudence entre approche objective et subjective peut, il est vrai, laisser place à une certaine confusion[273]. Néanmoins, il s'en dégage implicitement que le génocide n'a pas simplement vocation à réprimer l'atteinte de groupes objectivement identifiables, sans quoi la perception des assaillants n'aurait qu'une importance résiduelle[274]. L'accent mis sur la *stigmatisation* du groupe signale que l'infraction est surtout vouée à sanctionner une démarche discriminatoire, et de surcroît motivée par les caractéristiques identitaires de la collectivité puisque celle-ci doit être identifiée *en tant qu'entité ethnique, raciale ou nationale distincte* par le collectif criminel, si l'on en croit les observations contenues dans le jugement *Jelisić*.

89. La prise en compte explicite des motifs de la stigmatisation du groupe. – Cette analyse est confortée par des déclarations jurisprudentielles intervenues ultérieurement. Dans le jugement *Stakić*, d'abord, la Chambre de première instance II du TPIY a affirmé, sans ambages, à l'examen de la locution « comme tel », que « *le groupe doit être pris pour cible à cause de ses caractéristiques propres* »[275]. L'année suivante, la Chambre d'appel du TPIR soutiendra, à son tour, que « *l'expression "comme tel" a pour effet utile d'établir une distinction nette entre le massacre et les crimes dont l'auteur vise un groupe précis* <u>*en raison*</u> *de sa nationalité, de sa race, de son appartenance ethnique ou de sa religion* »[276] dans le cadre de l'affaire *Niyitegeka*. L'observation sera reconduite dans le jugement *Karadžić*[277] rendu par le

---

[271] Si l'on incline à admettre, avec les rédacteurs de la Convention onusienne, que le génocide a exclusivement vocation à protéger des « groupes stables et permanents » (v. *supra*, n°73). Conçue de la sorte, la *ratio legis* de l'infraction induit que le groupe visé doit objectivement présenter les caractéristiques décrites par l'incrimination, celles-ci postulant de la permanence sociale du groupe.

[272] TPIR, jugement *Musema*, préc., n°162 ; TPIR, jugement *Bagilishema*, préc., n°65 ; TPIR, jugement *Gacumbitsi*, préc., n°254 ; TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°317 ; TPIR, jugement *Muvunyi*, préc., n°484 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Kajelijeli*, jugement (ICTR-98-44A-T), ch. prem. inst. II, 1er déc. 2003, n°811 (ci-après : « jugement *Kajelijeli* ») ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Brđanin*, jugement (IT-99-36-T), ch. prem. inst. II, 1er sept. 2004, n°684 (ci-après : « jugement *Brđanin* ») ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Blagojević et Jokić*, jugement (IT-02-60-T), ch. prem. inst. I, Section A, 17 janvier 2005, n°667 (ci-après : « jugement *Blagojević et Jokić* »). Pour une application aux faits, voir notamment : TPIR, jugement *Musema*, préc., n°356 pour le critère objectif, et n°357-358, pour le critère subjectif.

[273] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide, op. cit.*, n°315 y voit un « *effroyable chaos* ».

[274] Le critère objectif semble plutôt constituer un garde-fou, voué à s'assurer que le groupe visé existe bien dans la réalité.

[275] TPIY, jugement *Stakić*, préc., n°521. Confirmé par la chambre d'appel : v. TPIY, *Affaire le Procureur c. Stakić*, arrêt d'appel (IT-97-24-A), 22 mars 2006, n°20 (ci-après : « arrêt *Stakić* »).

[276] TPIR, *Affaire le Procureur c. Niyitegeka*, arrêt d'appel (ICTR-96-14-A), ch. d'appel, 9 juil. 2004, n°53 (ci-après : « arrêt *Niyitegeka* » (nous soulignons).

[277] TPIY, *Affaire le Procureur c. Karadžić*, jugement (IT-95-5/18-T), ch. prem. inst., 24 mars 2016, n°551 (ci-après : « jugement Karadžić ») : « *The specific intent to destroy the group "as such" makes genocide an exceptionally grave crime and distinguishes it from other serious crimes, such as persecutions as a crime against humanity. The term "as such" has great significance as it shows that the crime of genocide requires intent to*

TPIY. Même peu nombreuses, ces décisions n'en demeurent pas moins particulièrement éclairantes, puisqu'elles exigent explicitement que la discrimination du groupe protégé doit être *motivée par ses caractéristiques sociales*.

Par ailleurs, la jurisprudence fait découler une autre implication de locution « *comme tel* » achevant de démontrer que la stigmatisation du groupe doit être fondée dans son identité : elle requiert que la collectivité soit *positivement* identifiée comme un groupe national, ethnique, racial ou religieux, par les assaillants.

ii. La nécessaire identification du groupe à partir de ses caractéristiques identitaires positives

90. Admission de la stigmatisation négative de groupe. – Dans l'affaire *Jelisić*, les juges ayant défendu l'identification subjective des groupes protégés avaient admis, dans le même temps, que la désignation de l'entité ciblée puisse être éventuellement effectuée à partir d'un critère négatif. « *Une telle stigmatisation du groupe peut s'effectuer selon des critères positifs ou négatifs. Une "approche positive" consistera pour les auteurs du crime à distinguer le groupe en raison de ce qu'ils estiment être les caractéristiques nationales, ethniques, raciales ou religieuses propres à ce groupe. Une "approche négative" consistera à identifier des individus comme ne faisant pas partie du groupe auquel les auteurs du crime considèrent appartenir et qui présente selon eux des caractéristiques nationales, ethniques, raciales ou religieuses propres, l'ensemble des individus ainsi rejetés constituant, par exclusion, un groupe distinct* »[278]. La terminologie du tribunal est peut-être inappropriée. En mettant l'accent sur les *individus* identifiés, et non sur le groupe qu'ils composent, elle tend à réduire la victime du génocide à un ensemble disparate d'individus, dont le seul point commun notable serait d'être extérieur à un groupe de référence, alors que la qualification du génocide impose – comme toutes les autres infractions internationales – que la violence employée soit dirigée contre une *entité collective*, identifiée comme telle. Il semble, cependant, qu'il ne s'agisse que d'une maladresse rédactionnelle puisque la Chambre avait justement pris le soin de rappeler, au préalable, cette qualité collective du sujet de l'entreprise de destruction dans laquelle est ancrée la spécificité de l'infraction[279]. *A priori*, l'approche négative du groupe protégé ne sous-tend donc aucune distanciation avec le postulat de l'interdit pénal[280].

91. Rejet de la stigmatisation négative du groupe visé. – Pour autant, cette possibilité d'identifier négativement le groupe victimisé par l'entreprise génocidaire a été infirmée par la

---

destroy a collection of people because of their particular group identity based on nationality, race, ethnicity, or religion ».

[278] TPIY, jugement *Jelisić,* préc., n°71.

[279] TPIY, jugement *Jelisić,* préc., n°67.

[280] Contra : M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide, op. cit*., n°321.

jurisprudence postérieure du TPIY. La Chambre d'appel saisie de l'affaire *Stakić* a considéré que cette interprétation allait à l'encontre de l'exigence voulant que le groupe soit visé *comme tel*, « *car [cette expression] indique que le génocide suppose une intention de détruire un groupe de personnes ayant une identité distincte* »[281]. Et la Chambre de poursuivre : « *Or, lorsqu'une personne s'en prend à d'autres parce qu'elles n'ont pas certaines caractéristiques nationales, ethniques, raciales ou religieuses, son intention n'est pas de détruire le groupe ayant une identité distincte, mais simplement des personnes à qui certaines caractéristiques nationales, ethniques, raciales ou religieuses font défaut* »[282], avant de conclure que « *puisque les groupes définis négativement n'ont pas de caractères propres, ce serait méconnaître l'intention des rédacteurs de la Convention sur le génocide que de définir ainsi un groupe* »[283]. La CIJ[284] et, dans son sillage, la CPI, ont retenu la même solution, au moyen d'une argumentation similaire. Pour reprendre les motifs de la décision *Al Bashir*, rendue par cette dernière juridiction : « *le groupe visé doit présenter des caractéristiques positives particulières – nationales, ethniques, raciales ou religieuses –, et non pas une absence de telles caractéristiques. À ce sujet, il importe de souligner que les rédacteurs de la Convention sur le génocide se sont attachés "à définir de manière positive des groupes présentant des caractéristiques spécifiques, distinctes et bien établies, voire immuables selon certains". Ce qui importe donc, c'est ce que ces personnes sont, et non ce qu'elles ne sont pas* »[285].

92. Appréciation du rejet de l'approche négative du groupe visé. – La justification avancée par ces différentes cours est intéressante. En soi, le fait que le groupe soit négativement identifié, par opposition à un groupe de référence, n'en fait pas moins de lui un groupe distinct, ni le prive de caractères propres ; d'ailleurs, cette démarche discriminatoire est admise en matière de crime contre l'humanité, alors que cette infraction requiert pareillement que la violence soit dirigée contre un ensemble d'individus formant un collectif à part entière[286]. Simplement, l'approche négative ramène l'identité du groupe victime au second plan, en ce sens que la discrimination est principalement déterminée par l'identité du groupe criminel : par opposition, tous les individus qui n'en sont pas membres sont perçus comme un groupe à détruire (par exemple, la population « *non iturienne* », pour reprendre le cas d'espèce qualifié

[281] TPIY, arrêt *Stakić*, préc., n°20.
[282] TPIY, arrêt *Stakić*, préc., n°20. Pour d'autres décisions rejetant la possibilité d'une identification négative du groupe ciblé, v. TPIY, jugement *Stakić*, préc., n°512 ; TPIY, jugement *Brđanin*, préc., n°685 ; TPIY, jugement *Karadžić*, préc., n°541.
[283] *Ibid*., n°22.
[284] CIJ, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, 26 fév. 2007, Rec. CIJ 2007, n°193 : « *L'intention doit aussi concerner le groupe "comme tel". Cela signifie que le crime doit être inspiré par l'intention de détruire un ensemble de personnes possédant une identité collective particulière. Ce qui importe, c'est ce que ces personnes sont, et non ce qu'elles ne sont pas* ».
[285] CPI, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'*Omar Al Bashir*, préc., n°135.
[286] V. *supra*, n°69.

de crime contre l'humanité dans l'affaire *Ntaganda*[287]). C'est dire que cette question se rapporte, en définitive, aux *motifs* de la stigmatisation : l'approche négative induit qu'il n'est pas nécessaire que la victimisation du groupe découle de son identité intrinsèque. Dans ces conditions, de deux choses l'une : ou bien l'on considère que la cause de la marginalisation du groupe est indifférente, auquel cas rien ne paraît justifier le rejet de cette approche négative[288] ; ou bien l'on admet que le génocide consiste en la destruction d'un groupe *à raison de ses caractéristiques nationales, ethniques, raciales ou religieuses*, et alors l'approche négative prive effectivement l'infraction de sa spécificité puisqu'elle renverse la perspective de stigmatisation, le groupe n'étant plus atteint *en raison de son identité*, mais à raison de son défaut d'identité. Le rejet unanime de l'approche négative des groupes protégés, par les différentes juridictions internationales, est révélateur. Il porte à considérer que l'ostracisme dont est frappée la collectivité prise pour cible doit être fondé dans les caractéristiques sociales dont elle est porteuse, ce qui se justifie pleinement à l'analyse conceptuelle du crime de génocide.

2- Analyse conceptuelle

93. Les motifs de l'entreprise génocidaire dans les travaux de Raphaël Lemkin. – Selon les travaux de Raphaël Lemkin, le concept de génocide devait permettre de désigner un crime que l'expression « meurtre de masse » ne suffisait pas à qualifier dans toute sa réalité, « *puisqu'elle n'inclut pas le motif du crime, plus spécialement encore lorsque le but final du crime repose sur des considérations raciales, nationales et religieuses* »[289]. Ainsi ne fait-il aucun doute que celui-ci pensait la dynamique génocidaire comme un processus criminel enraciné dans un rejet identitaire.

94. Mise à l'écart des motifs de l'entreprise génocidaire par une partie de la doctrine contemporaine. – La doctrine contemporaine tend à s'écarter de ce postulat originel. Plusieurs auteurs soutiennent, en effet, que les motifs de l'entreprise d'extermination sont parfaitement indifférents. La formule « *comme tel* » aurait simplement vocation à signifier que

---

[287] *Ibid.*

[288] Telle est l'idée que défend le juge Mahiou dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt de la CIJ sur l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ayant également condamné l'identification négative des groupes protégés. Le juge considère que « *le but de la convention est de protéger des groupes aussi larges que possible dès lors qu'il présentent l'"élément essentiel de stabilité"* ». Dans son esprit, c'est donc l'identité des groupes, et non la stigmatisation dont ils peuvent faire l'objet, qui justifie l'établissement d'un tel régime protecteur. Aussi affirme-t-il, de manière somme toute tout à fait logique, que l'exclusion de toute définition négative du groupe visé est « *excessivement restrictive* » et qu'elle « *ne repose pas sur des bases convaincaintes* ». V. CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro),* arrêt, 26 fév. 2007, Rec. 2007, Opinion dissidente du juge Mahiou, p. 427, n°74. V. également : H. ASCENSIO, R. MAISON, « L'activité des tribunaux pénaux internationaux (1999) », *AFDI*, vol. 45, 1999, p. 504, qui, loin de critiquer la définition négative des groupes protégés, estiment qu'elle *« contribue (...) à simplifier la qualification du crime de génocide* ».

[289] R. LEMKIN, *Qu'est-ce qu'un génocide ?, op. cit.*, p. 242.

le projet de destruction est dirigé contre un groupe, en tant qu'entité[290], mais n'impliquerait aucune autre restriction : « *il suffit que la volonté de détruire un groupe soit établie ; les raisons précises, par exemple idéologiques ou économiques, qui chercheraient à l'expliquer sont sans importance dans la détermination du crime de génocide* »[291]. La justification avancée est le plus souvent issue de l'analyse des travaux préparatoires à la Convention sur le génocide, et plus précisément appuyée sur l'abandon du corps de phrase « *en raison de l'origine nationale ou raciale, des croyances religieuses ou de l'opinion politique de ses membres* » au profit de l'expression « comme tel »[292]. L'argument est toutefois assez douteux compte tenu de l'ambiguïté de la locution consacrée. Dans la mesure où celle-ci a été intégrée au texte sans que sa signification n'ait été élucidée, et étant entendu qu'une large part des votants s'était exprimée en faveur de la limitation du domaine de la qualification aux crimes déterminés par des motifs tenant à l'identité du groupe[293], l'analyse exégétique apparaît peu efficiente. Toujours est-il que ces auteurs en concluent que la cause profonde de l'entreprise de destruction est dépourvue de pertinence, de sorte que la qualification de génocide pourrait couvrir n'importe quelle forme d'extermination d'un groupe, y compris « [celle] *recherchée à l'occasion de la mise en œuvre d'une politique dont l'objectif est totalement différent* »[294]. Et ces auteurs d'expliquer qu'« *ainsi, une politique de meurtres menée avec l'intention de détruire un groupe spécifique sera qualifiée de génocide, même si elle est motivée par le but de s'approprier des biens des membres de ce groupe ou comme méthode de conduite des hostilités* »[295]. À suivre cette analyse, il ne serait donc aucunement nécessaire que la cause et la finalité du génocide se superposent. La destruction du groupe protégé peut n'être que le moyen de parvenir à un but. M. Jacquelin pousse le raisonnement à l'extrême. Il estime que « *même si en l'espèce la destruction n'épuise pas le but de ce projet, qui serait ailleurs, même si le but de ce projet peut être atteint indépendamment de cette destruction, la simple présence d'un programme dont la mise en œuvre entraîne la destruction d'un groupe dont les artisans ont conscience est suffisante pour satisfaire la condition* »[296]. Pour éclairer son interprétation, celui-ci évoque l'hypothèse où « *la*

---

[290] J. VERHOEVEN, « Le crime de génocide, originalité et ambiguité », *RBDI* 1991/1, p. 19 ; M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide, op. cit.*, n°364 : « *L'expression "comme tel" doit simplement signifier que le projet de destruction est dirigé contre un groupe en tant qu'entité et, corrélativement, contre des individus en tant que membres de ce groupe dans le dessein d'accomplir cette destruction : c'est tout ce qu'il semble possible de tirer d'une telle expression* ».

[291] J. VERHOEVEN, « Le crime de génocide, originalité et ambiguité », *loc. cit.*

[292] J. VERHOEVEN, « Le crime de génocide, originalité et ambiguité », *loc. cit.* ; A.-M. LA ROSA et S. VILLALPANDO, « Le crime de génocide revisité – Nouveau regard sur la définition de la Convention de 1948 à l'heure de son cinquantième anniversaire – Tentative d'appréhension théorique des éléments constitutifs du crime » in *Génocide(s)*, dir. K. Boustany et D. Dormoy, Bruxelles, Bruylant, coll. de droit international, 1999, p. 86.

[293] V. *supra*, n°85.

[294] A.-M. LA ROSA et S. VILLALPANDO, « Le crime de génocide revisité – Nouveau regard sur la définition de la Convention de 1948 à l'heure de son cinquantième anniversaire – Tentative d'appréhension théorique des éléments constitutifs du crime », *loc. cit.* Dans le même sens : J. VERHOEVEN, « Le crime de génocide, originalité et ambiguité », préc., pp. 19-20 ; N. ROBINSON, *The Genocide Convention : a commentary*, Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress, 1960, pp. 16-17.

[295] *Ibid.*

[296] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide, op. cit.*, n°365.

construction d'une route serait entreprise afin d'assurer l'accès à une mine d'uranium, cette route ayant la particularité de traverser un territoire occupé par un groupe d'indiens : la route étant construite, les indiens sont décimés en raison d'un déséquilibre produit dans leur écosystème, certains mourant des maladies apportées par des individus extérieurs contre lesquels les indiens n'ont pas de défenses naturelles »[297]. De son avis, la situation relève du crime de génocide, puisque la raison de la destruction du groupe est sans importance. Mais cette interprétation apparaît difficilement soutenable. Cette lecture de l'infraction avalise en effet la possibilité d'un génocide par accident, ce qui contrarie la lettre du texte comme son esprit : le crime de génocide, par nature, sanctionne un *but criminel de destruction*, et non pas un simple effet dommageable susceptible de se produire à la suite d'une faute humaine[298].

95. Disparition de la spécificité de l'entreprise génocidaire. – En réalité, aucune des analyses susmentionnées – ni mêmes les plus mesurées – ne saurait être approuvée. Faire abstraction du motif de l'entreprise génocidaire revient à ramener la destruction du groupe à sa simple manifestation objective, et par là, à priver l'infraction de toute spécificité.

Les groupes victimes ont beau être spécialement désignés par le texte d'incrimination, cela n'en fait pas des sujets de protection particuliers. En réalité, les groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux sont déjà pris en compte par les autres infractions internationales, dont le champ contextuel est plus large. Par exemple, l'emploi de la force armée, dans le cadre d'un conflit armé international, est par définition dirigé contre une *entité nationale.* Lorsqu'il est interne, le rapport de force peut opposer n'importe quels types de groupes armés, pourvu qu'ils soient suffisamment organisés[299]. L'expérience des conflits survenus en ex-Yougoslavie et au Rwanda démontre que les hostilités peuvent, dans les faits, opposer des *groupes religieux* ou *ethniques*. Ce recoupement des sujets de protection est encore plus marqué lorsqu'on passe à l'examen du crime contre l'humanité, dès lors que l'incrimination pose pour seule limite la composition civile de la population visée[300]. Pour le reste, il peut s'agir d'une population quelconque, ce qui induit que toute collectivité, quels que soient ses attributs distinctifs – et donc, possiblement ses caractéristiques *nationales*, *ethniques*, *raciales* ou *religieuses* – est couverte.

Or, le résultat génocidaire ne permet pas davantage de différencier l'entreprise génocidaire des autres entreprises contextuelles. S'agissant du crime contre l'humanité, l'infraction peut s'intégrer à la réalisation d'une large gamme de politiques criminelles, allant de la persécution du groupe jusqu'à sa complète annihilation[301]. Lorsqu'il revêt cette forme

---

[297] *Ibid*. L'exemple étant emprunté à R. Clark (cité par J. QUIGLEY, *The genocide convention. An international law analysis*, Routledge, Coll. International and comparative criminal justice, 2006, p. 124).
[298] Pour des développements en ce sens, v. Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, préf. B. Stern, LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire, t. 116, 2002, p. 313.
[299] V. *supra*, n°45.
[300] V. *supra*, n°57 et s.
[301] V. *infra*, n°130.

extrême, le projet criminel présente finalement le même contenu que le projet génocidaire. Pour ce qui concerne ensuite le conflit armé, la finalité du recours à la force consiste dans la soumission de l'adversaire[302], ou en d'autres termes, la destruction du potentiel militaire de l'ennemi, ce qui inclut la destruction des personnes conduisant la lutte. Le but génocidaire peut donc également se confondre avec le but martial.

C'est ainsi souligner que les différentes entreprises contextuelles peuvent poursuivre des projets dont la cible et l'objet se recoupent, et ainsi que le résultat de destruction du groupe protégé ne suffit pas, en soi, à distinguer le génocide des autres qualifications.

96. Atténuation de la gravité de l'entreprise génocidaire. – Dans le droit fil des considérations qui précèdent, on peut alors s'interroger : pourquoi incriminer spécifiquement le génocide, si d'autres infractions permettent déjà de sanctionner la destruction d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux ? Pourquoi instituer ces collectivités déterminées en sujet de protection singulier quand d'autres infractions assurent, par ailleurs, la préservation de leur existence ? Si la qualification de génocide repose uniquement sur les caractéristiques objectives du groupe, sans considération aucune pour les motifs présidant à leur stigmatisation, alors la seule particularité que l'on peut reconnaître à cette infraction est de dénommer, abstraitement, les collectivités susceptibles d'être prises pour cible. Est-ce à dire que la qualification n'aurait finalement vocation à s'appliquer que de manière résiduelle, à partir du moment où un système criminel viendrait à mettre en péril une entité présentant l'un des attributs listés par le texte d'incrimination[303] ? Le seul intérêt de la qualification serait, en définitive, d'exprimer l'identité spéciale du groupe dont la destruction est recherchée. Mais, dans ces conditions, comment comprendre l'érection du crime de génocide au rang de « crime suprême »[304] ? L'identité des groupes visés ne suffit pas à fonder l'extrême gravité que l'on attache volontiers à cette infraction, sauf à reconnaître une valeur supérieure aux groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux et, par conséquent, à admettre, de manière indéfendable, l'existence d'une hiérarchie entre les différentes communautés humaines.

97. Nécessaire prise en considération des motifs de l'entreprise génocidaire. – La gravité suprême du crime de génocide ne peut se comprendre que si l'on aborde l'identité spécifique des groupes protégés comme la cause de l'entreprise de destruction. Cette appréciation pourra être contestée. La gravité, notion subjective s'il en est, dépend de l'évaluation de chacun ; d'aucuns estimeront peut-être que l'extinction d'un groupe suffit à

---

[302] V. *infra*, n°121 et s.

[303] C. KRESS, « The Crime of Genocide under International Law », préc., p. 470 défend cette idée relativement au concours entre le génocide et le crime de guerre : *« Where the goal of a military campaign is to exterminate civilians on a massive scale the threshold to genocide will be passed where the targeted civilians form (at least a) part of a group protected by the rule against genocide and are targeted as members of the group concerned* ».

[304] Le génocide est souvent présenté comme « *le crime des crimes* » (« *the crime of crimes* ») par la doctrine, d'après l'expression de W. SCHABAS, *Genocide in International Law : The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, 2ème éd., 2008.

considérer que la gravité de l'acte est absolue et que ses raisons sont sans incidence sur l'indignation que cela suscite. Toujours est-il que valoriser les motifs de l'entreprise criminelle, à travers l'expression « comme tel » rend sa spécificité à l'infraction. Sous cet angle, le génocide apparaît comme une infraction sanctionnant un processus d'extermination tirant son origine de la dépréciation des caractéristiques sociales innées d'un groupe humain, c'est-à-dire une infraction destinée à réprimer l'atteinte de certains groupes humains, « *non en raison de ce qu'ils font (empêcher un autre groupe d'exercer le pouvoir ou d'administrer un territoire, par exemple), mais de ce qu'ils sont (seulement en raison de leurs caractéristiques nationales, raciales, ethniques ou religieuses)* »[305].

98. Conclusion de la section 2. – S'en tenir à cette conception du génocide permet de tracer une nette frontière entre cette infraction et le crime contre l'humanité. Si ces deux crimes ont en commun de s'intégrer à la réalisation d'un projet préconçu dont l'objet est l'atteinte à un groupe, le crime contre l'humanité se présente comme une qualification générale, vouée à sanctionner l'oppression de toute collectivité humaine, à condition toutefois qu'elle soit majoritairement composée de civils. Pour le reste, peu importe la qualité de la collectivité visée. Il suffit de constater qu'un groupe social déterminé a été désigné comme cible par un système criminel pour que la situation contextuelle puisse être qualifiée, indépendamment de la cause de cet ostracisme. La population peut être ciblée pour ce qu'elle est – c'est-à-dire à raison de son identité positive – comme pour ce qu'elle n'est pas – à raison de son défaut d'appartenance à une certaine entité – et plus largement pour autre toute raison conduisant un régime à l'identifier comme un groupe indésirable à annihiler. À cet égard, le crime de génocide apparaît, quant à lui, comme une qualification spéciale. Non pas au regard des groupes sociaux institués en sujet de protection pénale, à savoir des groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux, puisque ceux-ci sont, en réalité, déjà protégés par la qualification englobante de crime contre l'humanité. En réalité, le trait saillant de l'entreprise génocidaire réside dans les motifs conduisant à la stigmatisation du groupe : elle s'entend d'un processus criminel dont la cause et la finalité coïncident parfaitement, c'est-à-dire la situation dans laquelle des groupes aux attributs particuliers sont pris pour cible parce qu'ils présentent, précisément, de tels attributs.

[305] O. CORTEN, « L'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du Crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie) : vers un assouplissement des conditions permettant d'engager la responsabilité d'un État pour génocide ? » *AFDI*, vol. 53, 2007. p. 254. En ce sens également : S. GLASER, *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 107 ; Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit.*, p. 156.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

99. À l'issue de cette analyse successive des différentes infractions internationales par nature, il apparaît que la qualité collective du sujet pris pour cible constitue un caractère générique des situations contextuelles. Toutes ces entreprises procèdent d'une polarisation des relations intercommunautaires, appuyée sur la construction d'une figure de l'ennemi, extérieur ou intérieur : un groupe déterminé est identifié comme nuisible ou indésirable et, partant, désigné comme cible.

100. L'identité concrète de la collectivité visée diffère, néanmoins, selon la qualification considérée. S'agissant des entreprises martiales, une différence fondamentale entre les contextes d'agression armée et de conflit armé a ainsi été soulignée. Tandis que le premier s'entend d'un emploi de la force contre une collectivité considérée au prisme de sa réalité politique, soit un *groupement constitué en État souverain*, le second appréhende, au contraire, les groupements aux prises à l'aune de leur réalité humaine : le recours à la force est conçu comme un rapport d'homme à homme, ou plus exactement, comme la confrontation de différents *groupes sociaux* entre eux. Depuis que le champ des conflits armés a été ouvert aux luttes internes, la qualité de ces derniers importe peu. Les parties au conflit peuvent en effet se distinguer par tout type d'attribut social, une nationalité ou encore une appartenance ethnique par exemple. En réalité, le seul critère tient à l'organisation armée du groupement impliqué dans le rapport hostile. Si cette structuration militaire des collectifs ciblés par la violence armée fournit une clef de compréhension du régime juridique dérogatoire appliqué aux situations de conflit[306], elle constitue, par ailleurs, un critère de distinction du conflit armé avec les entreprises criminelles contre l'humanité. Cette dernière se distingue, en effet, par la composition civile de la collectivité humaine prise pour cible. C'est là, cependant, le seul et unique trait saillant du groupe victimisé, étant entendu que le sujet de l'attaque peut être une population civile quelle qu'elle soit. Il reste enfin le crime de génocide, au regard duquel le groupe pris pour cible est, à l'inverse, précisément circonscrit puisqu'il ne peut s'agir que d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux. Mais cette identité objective des collectivités considérées n'épuise pas la particularité de l'entreprise génocidaire. L'accent mis sur les caractéristiques sociales du groupe traduit, en réalité, la prise en compte des motifs de la discrimination de l'entité visée. Le propre du génocide est en effet de vouer à l'extinction des groupes humains entiers, pour la simple raison qu'ils sont ce qu'ils sont. Ainsi, moins que la qualité spéciale des collectivités ciblées, c'est le fait que ces dernières soient ciblées *à raison* de leur qualité particulière qui singularise le génocide, et qui fait de ce crime l'expression la plus odieuse du processus de désignation hostile sous-tendant l'ensemble des entreprises contextuelles des infractions internationales.

[306] V. *infra*, n°208-209.

Mais la dimension finaliste des entreprises contextuelles n'a pas pour seule expression la destination subjective de la violence employée. Elle se manifeste, également, à travers la destination objective de la violence, soit, plus concrètement, à travers le but que poursuivent ces entreprises.

Chapitre 2. Le but de l'entreprise d'ensemble

101. Critère qualifiant. – De la même façon qu'elles sont dirigées contre une entité déterminée, les entreprises contextuelles tendent à concrétiser un résultat objectif précis. En effet, le recours à la violence ne s'entend pas d'une « simple » violation massive et diffuse des droits de la collectivité ciblée mais nous verrons que l'atteinte qui lui est portée s'inscrit dans la réalisation d'un projet préconçu dont l'objet est fixé, en amont, par les têtes pensantes de l'entreprise. Les textes d'incrimination ne qualifient pas toujours le but poursuivi par les organisations martiales ou criminelles. En réalité, seule la définition du génocide détermine précisément cet objectif qui s'entend, en l'occurrence, de la destruction du groupe ciblé[307]. Cet élément est pourtant essentiel : il constitue un critère distinctif des situations contextuelles, en ce sens que chacune des entreprises incriminées répond à une dynamique bien particulière. L'identification de cette finalité permet, ainsi, de marquer les différences mais aussi les similitudes pouvant exister entre les différents processus considérés. Du reste, l'enjeu n'est pas seulement de comprendre la rationalité des infractions internationales ; il est, également, de pouvoir déterminer la qualification applicable. En effet, la matérialité des crimes perpétrés ne permet pas toujours d'identifier la nature de l'entreprise en présence ; en témoigne le fait que toutes peuvent être constituées par des faits identiques, tels que des homicides[308]. Leur destination objective est donc essentielle en ce qu'elle permet de discerner la logique de la campagne considérée et ainsi, de décider de la qualification internationale à retenir.

102. Critère spécifiant. – Mais cet élément est autrement capital. Il contient le fondement même de la notion d'infraction internationale par nature, en ce que le résultat projeté par l'organisation recèle l'atteinte dans laquelle est ancrée l'illicéité de cette catégorie criminelle. Ce critère éclaire, dès lors, la raison d'être de ces infractions, permet de cerner plus précisément l'éminente gravité qui leur est attachée et, par là même, d'affermir les contours de cette notion.

103. Plan. – La finalité objective des entreprises contextuelles sera examinée sous cette perspective duelle : on cherchera, dans un premier temps, à identifier la nature de ce but (**Section 1**) avant de procéder, dans un second temps, à l'appréciation de son illicéité (**Section 2).**

---

[307] Art. 6 du Statut de Rome.

[308] Art. 6 al. a) du Statut de Rome pour le génocide ; art. 7 al. 1, a) pour le crime contre l'humanité ; pour le crime de guerre, v., par ex. : art. 8 al. 2, i), art. 8 al. 2, b, iv) ; art. 8 al. 2, b, iv) ; art. 8 al. 2, b, vi) art. 8 al. 2, b, xi) pour les conflits armés non internationaux ; et les art. 8 al. 2, c, i art. 8 al. 2, e, ix) pour les conflits armés internes. En outre, étant donné que l'acte d'agression peut être consommé par « *l'attaque par les forces armées d'un État des forces terrestres, maritimes ou aériennes, ou des forces aériennes et maritimes d'un autre État* », il apparaît que la consommation du crime d'agression peut pareillement se réaliser par des faits homicides : v. art. 8 bis, al. 2, d) du Statut de Rome.

Section 1. La nature du but poursuivi

104. Classification typologique des entreprises contextuelles au regard de leur objectif. – Toutes les entreprises contextuelles tendent à la réalisation d'un but précis, dont l'objet diffère selon les qualifications envisagées. En dépit de la diversité des situations couvertes, il est possible de distinguer deux dynamiques principales.

Les entreprises martiales, d'un côté, couvrent un processus dans lequel les collectivités assaillante et assaillie occupent une position équivalente. Elles entretiennent une relation d'égal à égal, que l'emploi de la force tend précisément à renverser : le recours aux armes vise à affirmer une autorité sur l'adversaire désigné pour mieux le placer en situation d'infériorité. En cela, ces premières entreprises se présentent comme des entreprises *de soumission*.

Il en va différemment, d'un autre côté, s'agissant des entreprises criminelles car le groupe pris pour cible est, *a priori*, inoffensif. Du moins, il ne se définit pas par ses aptitudes militaires, ni par la détention d'un pouvoir quelconque, tandis que l'assaillant se distingue, quant à lui, par un degré d'organisation établissant sa capacité coercitive[309]. Ainsi, le système criminel ne cherche pas à affirmer sa supériorité sur un groupe occupant une position similaire : en réalité, cette supériorité est déjà acquise ; et elle vient se prolonger dans l'exercice d'une autorité tyrannique à l'encontre de l'entité visée. C'est, ainsi, une dynamique *d'oppression* de la collectivité qui caractérise les entreprises criminelles.

Au regard de ces différentes logiques, les entreprises contextuelles peuvent donc être classées en deux catégories, selon qu'elles visent la soumission (§1) ou l'oppression (§2) du groupe ciblé.

§1. La soumission du groupe ciblé

105. But qualifiant des entreprises martiales. – Si la dynamique de soumission que l'on peut reconnaître aux entreprises martiales ressort, avant toute autre chose, d'une approche sociologique de la situation de guerre, cette classification typologique se vérifie pleinement sur le plan juridique. L'analyse de l'agression armée, pour le crime d'agression (A), et du conflit armé, pour le crime de guerre (B), montre en effet que le but de soumission poursuivi par l'emploi de la force est déterminant de la qualification de ces éléments contextuels.

[309] *De lege lata*, l'incrimination du génocide déroge à ce modèle (commun aux autres infractions internationales), en ce qu'elle ne requiert pas que l'entreprise de destruction soit conduite par un collectif organisé. Comme nous le verrons, cette condition se révèle pourtant indispensable, ce qui conduit à considérer que la qualification du génocide doit être conditionnée, *de lege feranda*, par cet élément. V. *infra*, n°281 et s.

A. L'agression armée

106. Examen de l'infraction originelle et de l'infraction contemporaine. – Le contexte d'agression armée n'a jamais été formellement défini par référence au but de soumission que poursuit d'emploi de la force armée étatique. Pourtant, ce critère apparaît bien essentiel à la qualification de cette entreprise contextuelle, aussi bien pour ce qui concernait l'infraction originelle de crime contre la paix (1) que s'agissant de l'infraction contemporaine de crime d'agression (2).

1- Le but de soumission dans la qualification du crime contre la paix

107. Appréciation de la nature agressive des guerres conduites à l'aune de leur objectif. – L'incrimination du crime contre la paix ne procurait aucune définition de la notion de guerre d'agression, ce qui n'a pas empêché les TMI de la mettre en œuvre, à l'heure des procès de l'après-guerre. Les juges n'ont certes pas pris le soin d'identifier, clairement, les éléments constitutifs de cette situation contextuelle, mais les décisions rendues renseignent sur sa teneur. Il en ressort que la caractérisation de la nature agressive des opérations conduites a été entièrement subordonnée à l'appréciation des projets nourris par les États à l'origine des entreprises armées considérées.

108. Jurisprudence du TMI de Nuremberg. – D'emblée, le tribunal de Nuremberg a mis l'accent sur ces ambitions illicites, en revenant sur les évènements ayant précédé l'entreprise d'agression conduite par le régime nazi. « *La guerre germano-polonaise n'a pas éclaté soudainement dans un ciel sans nuage* », a-t-il relevé. « *Il a été prouvé clairement que cette guerre, de même que l'invasion de l'Autriche et de la Tchécoslovaquie, avait été préméditée et soigneusement préparée. Elle a été entreprise au moment jugé opportun et comme conséquence d'un plan établi. En effet, les desseins agressifs du Gouvernement nazi ne sont pas nés de la situation politique existant à ce moment-là en Europe. Dès le début, le mouvement national-socialiste prétendit que son but était d'unir le peuple allemand sous la conduite du Führer en lui donnant conscience de sa mission et de son destin fondés sur les qualités propres de sa race* »[310]. Ce premier but identifié, par le tribunal, s'entend en réalité, du but idéologique de la guerre et donc plutôt de ses motifs politiques. Poursuivant, il relève que « *pour atteindre ce but, deux entreprises furent estimées primordiales : la dislocation de l'ordre européen tel qu'il existait depuis le Traité de Versailles et la création d'une Grande Allemagne débordant des frontières de 1914, ce qui impliquait nécessairement la conquête de territoires étrangers* »[311]. Ces projets de conquête, qui dissimulent une intention de soumettre les États agressés à l'autorité de l'agresseur, constituent le second but mis en lumière par le tribunal, et

[310] *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 197.
[311] *Ibid*.

l'élément sur lequel il ne cessera de raisonner, ensuite, pour établir le caractère agressif des opérations militaires menées.

Cela ressort, d'abord, du traitement judiciaire de l'Anchluss et de l'occupation de la Tchécoslovaquie. Bien le tribunal ait soustrait ces évènements à la répression pénale, considérant qu'ils ne constituaient que de simples « *mesures préparatoires à l'exécution du plan général d'agression* »[312], il s'est néanmoins attardé à établir le caractère agressif de ces campagnes préalables. Selon lui, les déclarations d'Hitler « *ne laissaient aucun doute sur les buts qu'il poursuivait* »[313]. Dès 1937, ce dernier avait en effet exposé, lors de conférences tenues à la Chancellerie du *Reich*, la nécessité de « *conquérir de l'espace vital dans le continent européen* »[314], ce qui supposait de « *s'approprier de l'espace* »[315] et donc de « *l'enlever à son possesseur* »[316]. Cette intention arrêtée de s'emparer de l'Autriche et de la Tchécoslovaquie a conduit le tribunal à établir que « *la volonté d'agression existait dès l'origine [supprimant] tout doute possible quant au caractère des opérations entreprises contre l'Autriche et la Tchécoslovaquie* (…) »[317].

Le même raisonnement a ensuite été appliqué à la qualification des diverses guerres conduites, ultérieurement, par le régime nazi. Immanquablement, le tribunal s'est attaché à démontrer que le recours à la force visait à assurer la conquête pérenne des États attaqués en vue de leur incorporation au Reich[318]. En témoigne, par exemple, l'opération de qualification de la guerre menée contre l'URSS. De l'avis du tribunal, il s'agissait de « *l'agression la plus évidente* »[319] puisqu'elle était vouée à assurer la « *destruction de l'Union Soviétique en tant qu'État indépendant et son partage par la création de "Commissariats du Reich" et la transformation en colonies allemandes de l'Esthonie (sic), de la Lithuanie, de la Russie Blanche et de divers autres territoires* »[320].

---

[312] *Ibid*., p. 202. Dans le droit fil de l'acte d'accusation, les juges ont considéré que l'invasion de l'Autriche et l'occupation de la Tchécoslovaquie par l'Allemagne constituaient des *actes d'agression* devant être différenciés des *guerres d'agression*, initiées à partir du 1er septembre 1939. Seules ces dernières étaient répréhensibles, au sens du texte d'incrimination, si bien que les responsables des premières opérations ont échappé aux poursuites pénales. Sur cette distinction effectuée par le TMI, v. *infra*, n°322.
[313] *Ibid*, p. 199.
[314] *Ibid*, p. 200.
[315] *Ibid*, p. 201.
[316] *Ibid*, p. 201.
[317] *Ibid*., p. 200.
[318] V. not. le raisonnement appliqué à la qualification de la guerre déclenchée par l'Allemagne contre la Pologne, le 1er septembre 1939. Au regard des preuves qui lui ont été présentées, le tribunal s'est déclaré pleinement convaincu que les opérations en question étaient constitutives d'une guerre d'agression. La première preuve apportée est la transcription d'un ordre signé par Hitler où celui-ci projette la destruction des forces polonaises afin d'incorporer l'État libre de Dantzig à l'Allemagne (*Ibid*., p. 210). Il est ensuite fait état d'une autre déclaration, effectuée lors de la conférence militaire du 23 mai 1939, affirmant la nécessité d'« *agrandir l'espace vital de l'Allemagne* » et avançant que « *rien n'est possible sans une invasion de pays étrangers, ou des attaques contre des biens étrangers* » (*Ibid*., p. 211). V. également l'examen des opérations dirigées contre la Norvège et du Danemark, où il est énoncé que le projet du Gouvernement nazi était d'envahir et d'occuper ces territoires (*Ibid*., p. 216-217) afin qu'ils puissent être considérés comme des possessions allemandes (*Ibid*., p. 220).
[319] *Ibid*., p. 226.
[320] *Ibid*., p. 225.

109. Jurisprudence du TMI de Tokyo. – La jurisprudence du TMI de Tokyo appelle les mêmes constatations. Le tribunal a procédé à l'analyse des différentes guerres lancées par le Japon pour démontrer que cette puissance avait toujours eu pour objectif d'établir sa domination sur les pays et territoires d'Asie orientale et sur les mers Australes[321]. De la même façon, il estima que le but de l'alliance du Japon avec l'Allemagne et l'Italie était d'étendre, encore davantage, sa domination au plan mondial, en profitant des conditions créées par la situation de conflit en Europe[322]. Le raisonnement des juges tokyoïtes est ainsi similaire à celui tenu par leurs homologues de Nuremberg : c'est parce qu'elles ont constitué l'instrument d'une politique de subjugation de différents États que les opérations armées conduites par le régime japonais ont été qualifiées de guerres d'agression.

110. Transition. – Le syllogisme des tribunaux militaires internationaux montre, très clairement, que la qualification de la guerre d'agression a été conditionnée par les buts de domination poursuivis par les États agresseurs[323]. Ce critère ne se retrouve pas dans la lettre de l'incrimination contemporaine de l'infraction, mais cela n'empêche pas de le considérer comme un élément implicite de l'agression.

2- Le but de soumission dans la qualification du crime d'agression

111. Absence de mention du but de domination dans l'incrimination du crime d'agression. – La définition de l'acte d'agression posée par le texte d'incrimination contemporain, directement issue de la résolution afférente adoptée par les Nations Unies[324], énonce que constitue un acte d'agression « *l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies* »[325]. Cette définition tranche, *a priori*, avec l'interprétation de l'agression admise par la jurisprudence de l'après-guerre. D'une part, elle ne donne pas clairement un accent finaliste à l'entreprise armée ; d'autre part, il n'est pas fait mention d'un résultat de domination étatique, mais d'une atteinte à *la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique* d'un État. Pour autant, la qualification de l'agression armée reste empreinte de la même logique. Il apparaît, en effet, que le recours à la

---

[321] V. not. : *The Tokyo judgment*, préc., p. 468 : *« (...) since the occurrence of the Mukden Incident in September 1931, Japan's activities had been continuously directed towards the achievement of the same goal of conquest and aggrandisement. Notwithstanding frequent changes in policy and administration, it had throughout been Japan's aim to establish her dominion over the countries and territories of East Asia and the South Seas ».*

[322] *Ibid., p. 520 : « They show that the conspirators were determined to extend the domination of Japan over a huge area and population and to use force, if necessary, to accomplish their aims. They show by plain admission that the purpose of the conspiration in entering into the tripartite pact was to secure support for the accomplishment of these illegal aims ».*

[323] En ce sens, v. : R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, *op. cit.*, pp. 61-62.

[324] AGNU, *Définition de l'agression*, rés. n°3314 (XXIX), U.N. doc. A/RES/3314(XXIX), 21 déc. 1974.

[325] Art. 8 *bis*, al. 2 du Statut de Rome.

force doit nécessairement s'intégrer à une politique délibérée d'agression (a) dont le but coïncide avec celui ayant été identifié par les juges des TMI (b).

a- L'exigence implicite d'une politique d'agression

112. Analyse textuelle de l'incrimination. – Bien que le texte n'insiste pas sur le caractère délibéré de l'atteinte à la souveraineté, à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique de l'État[326], plusieurs considérations signalent qu'il est nécessaire d'établir que l'emploi de la force a été réalisé à dessein pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un acte d'agression. Cela ressort, d'abord, de la lettre de l'incrimination. Celle-ci suggère que l'atteinte à la souveraineté étatique ne se résume pas à un résultat purement objectif, et donc potentiellement accidentel, lorsqu'elle énonce que la force armée doit être employée « *contre* » l'État. Cette préposition imprime, en effet, une certaine destination à la coercition exercée, sous-tendant une volonté, de la part de l'État agresseur, de s'en prendre à l'État agressé.

113. Analyse textuelle de la Charte des Nations Unies. – Le texte de la Charte des Nations Unies corrobore cette analyse dans la mesure où il pose le principe du règlement pacifique des « *différents internationaux* »[327] et proscrit, en conséquence, le recours à la force « *dans leurs relations internationales* »[328]. Ces expressions, qui inscrivent la contrainte étatique exercée dans le cadre de dissensions politiques opposant les États concernés, induisent que l'agression armée s'entend, par nature, d'un recours à la force armée voué à forcer la volonté d'un autre État[329].

114. Analyse des travaux préparatoires à la résolution de l'ONU portant définition de l'agression armée. – Surtout, les travaux préparatoires à l'adoption de la résolution onusienne montrent que la plupart des délégations présentes appréhendaient l'agression armée comme un fait étatique « intentionnel », au sens où le recours à la force devait être mû par la volonté d'un État d'en attaquer un autre[330]. Pour autant, cet élément subjectif ne sera pas intégré

---

[326] L'article 30 du Statut de Rome prévoyant que les infractions internationales par nature sont par principe intentionnelles n'est pas ici applicable, car cette disposition régit l'intention appliquée à la commission du *fait individuel* et non l'élément contextuel. Autrement dit, et pour ce qui concerne le crime d'agression, cette disposition se rapporte à l'état d'esprit du dirigeant commettant le comportement de planification, préparation (etc..) incriminé. Il faut donc bien distinguer la question du but d'ensemble et celle de l'intention individuelle. Ce dernier point sera traité *infra*, n°634 et lors de l'étude de l'élément individuel de l'infraction internationale (partie 2, Titre 2).

[327] Charte de l'organisation des Nations Unies du 26 juin 1945, art. 2 § 3.

[328] Charte de l'organisation des Nations Unies du 26 juin 1945, art. 2 § 4.

[329] O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, Paris, Pedone, 2ème éd., 2014, p. 105.

[330] Cela ressort notamment de l'intervention du représentant américain pour qui « *any definition should make adequate provision for the exclusion of de minimis cases even when they involved the use of force in international relations. One way of doing so was to take account of the element of intention on the part of a State which was necessary to constitute an act of aggression. For example, an act of force in a border incident or on the high seas might be attribuable to simple and excusable error* » : v. A/AC.134/SR.19, 2 juil. 1968 in A/AC.134/SR.1-24, p. 198. Le représentant de l'Italie partageait cet avis. Selon lui : « *The six-Power draft introduced the concept of*

à la définition de l'agression, à raison de la ferme opposition de certains représentants étatiques. Ces derniers estimaient en effet qu'il en aurait découlé le risque que les États se retranchent derrière leur absence d'intention agressive, pour échapper à toute sanction[331]. Derrière les arguments invoqués, se profile toutefois une confusion entre le but et les motifs de l'agression armée : plus que la volonté délibérée d'attaquer un État, ce sont les prétentions idéologiques sous-tendant l'attaque, par exemple la protection d'un peuple opprimé ou la défense anticipée d'un territoire, que les représentants entendaient écarter des conditions de l'agression, afin de ne pas réhabiliter la doctrine de la guerre juste[332]. Preuve en est que la quasi-totalité des participants consentait à reconnaître que les atteintes à la souveraineté étatique réalisées par erreur ne sauraient constituer une agression[333], ce qui montre bien que cette intention agressive était conçue comme un critère fondamental de l'acte d'agression.

---

intent for the purpose of distinguishing between acts of aggression and other breaches of peace – two types of unlawful act which might be submitted to the Security Council and which had different consequences » : v. A/AC.134/SR.56, 17 juil. 1970 in A/AC.134/SR.52-66, p. 27. Le représentant du Canada s'est également prononcé en ce sens : A/AC.134/SR.69, 3 août 1970 in A/AC.134/SR.67-78, p. 38. D'autres délégations, telles que celles de la Finlande et du Yémen, estimaient que l'intention agressive découlait implicitement de la définition de l'agression : v. respectivement : A/C.6/SR.1440, 16 nov. 1973, p. 241, n°32 ; A/C.6/SR.1442, 20 novembre 1973, p. 257, n°42. Dans le même ordre d'idée, le représentant des Etats-Unis a pu avancer que « *the criterion of intent was so obvious that it might seem superfluous to mention it explicitly* » : v. A/AC.134/SR.68, 31 juil. 1970 in A/AC.134/SR.67-78, p. 21.

[331] Le représentant de la Tchécoslovaquie a par exemple affirmé que la théorie de l'intention « *qui a été inventée pour protéger l'agresseur et justifier la guerre préventive* » devait être écartée de la définition de l'acte d'agression. V. aussi l'intervention du représentant de la Yougoslavie : « *under the Charter no intention could justify the use of force* » : A/AC.134/SR.58, 21 juil. 1970 *in* A/AC.134/SR.52-66, p. 61.

[332] V. not. l'intervention du représentant de l'Equateur, pour qui le critère intentionnel ne pouvait être accepté car il permettrait à un État d'alléguer que ses actions n'étaient pas constitutives d'une agression armée, dans la mesure où elles ne procédaient pas d'une intention agressive, mais d'une volonté de protéger les droits de certains peuples soumis à l'envahisseur : v. A/AC.134/SR.58, 21 juil. 1970 *in* A/AC.134/SR.52-66, p. 54. V. aussi l'intervention du représentant français, qui s'est prononcé dans le même sens : v. A/AC.134/SR.57, 20 juil. 1970 *in* A/AC.134/SR.52-66, p. 36 et A/AC.134/SR.69, 3 août 1970 *in* A/AC.134/SR.67-78, pp. 36-37 et 42. En réalité, ces considérations se situent sur des plans différents : les prétentions à l'origine du recours à la force s'entendent des *motifs* du recours à la force, tandis que *l'intention agressive* renvoie, simplement, à la volonté d'attaquer un Etat. Seule la seconde importe aux fins de la qualification de l'agression armée.

[333] V. par. ex l'intervention du représentant britannique : « *Il doit y avoir un élément d'intention ; le recours à la force accidentelle ne doit pas être considéré comme une agression* » : A/AC.134/SR.32, 10 mars 1969 in Special Committee on the Question of Defining Aggression, Second Session, A/AC.134/SR.25-51, p. 38. De même, selon le Japon : « *The possibility could be envisaged of certain illegal acts being committed accidentally without any intention of aggression ; it went without saying that such a case should not be included in the category of aggression* » : v. A/AC.134/SR.57, 20 juil. 1970 in A/AC.134/SR.52-66, p. 41. Le représentant canadien a quant à lui souligné : « *Supposing that, as a result of an emergency situation aboard an aircraft, bombs had to be jettisoned by the aircraft over the sea and they damaged a ship on the high seas of, for instance, an oil installation in a State's territorial waters. His delegation felt that the definition of aggression should be flexible enough to exclude an occurrence of that kind* » : (v. A/AC.134/SR.68, 31 juil. 1970 in A/AC.134/SR.67-78, p. 20). Dans le même sens, v. les déclarations du représentant italien (A/AC.134/SR.64, 27 juil. 1970 in A/AC.134/SR.52-66, p. 133 ; ou encore : A/C.6/SR.1205, 22 oct. 1970, p. 169, n°18). A noter que de nombreuses délégations ont estimé que l'exclusion des attaques armées réalisées par erreur du champ de l'agression armée était tellement évidente qu'il n'était pas nécessaire de formaliser l'aspect intentionnel de l'agression armée : v. not. les interventions des représentants de la Bulgarie (A/AC.134/SR.57, 20 juil. 1970 in A/AC.134/SR.52-66, p. 46, ainsi que A/C.6/SR.1206, 26 oct. 1970, p. 178, n°25) de la Syrie (A/AC.134/SR.69, 3 August 1970 in A/AC.134/SR.67-78, p. 34), de l'Ukraine (A/C.6/SR.1207, 27 octobre 1970, p. 190, n° 44) ou encore de la Zambie (A/C.6/SR.1276, 4 nov. 1971, p. 178, n°27 ; A/C.6/SR.1351, 6 nov.1972, p. 234, n°8).

115. Analyse de la jurisprudence internationale. – Enfin, la pratique internationale confirme que la qualification d'agression armée est réservée aux hypothèses dans lesquelles l'emploi de la force armée, par un État, est délibérément dirigé contre un autre État.

La Cour internationale de Justice le signifie, implicitement, dans son avis relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. Elle y souligne en effet que la violation de la règle d'interdiction du recours à la force dans les relations internationales « *dépend du fait de savoir si l'emploi précis de la force envisagé serait dirigé contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un État ou irait à l'encontre des buts des Nations Unies* »[334].

Mais ce sont, surtout, les solutions concrètement retenues, au gré des différents cas d'espèce, qui le démontrent. D'un côté, les opérations armées conduites par un État, contre un autre État, ne sont jamais appréhendées à l'aune du principe d'interdiction du recours à la force lorsqu'elles ne procèdent pas d'une intention affirmée de porter atteinte à l'État victime. Olivier Corten s'est attaché à examiner l'ensemble de la jurisprudence rendue en la matière pour le démontrer. Il relève, notamment, que dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, « *la Cour a refusé d'établir une agression armée en raison de l'absence de preuve d'une volonté de l'Iran de s'en prendre aux États-Unis* »[335]. Il note encore que dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, « *il semble évident que l'arraisonnement du navire espagnol par les gardes-côtes canadiens n'a pas été considéré comme un problème de recours à la force en raison de l'absence de volonté de l'État canadien de mener une attaque contre l'État espagnol* »[336]. La jurisprudence qu'il cite à l'appui de son interprétation est abondante et établit que ce type d'incidents a été traité comme de simples mesures de police qui, bien qu'illicites, n'atteignent pas le seuil d'une agression armée à défaut d'intention hostile de la part de l'agresseur[337]. D'un autre côté, ce même auteur relève, *a contrario*, que des attaques militaires de portée limitée ont pu être considérées comme des violations du principe d'interdiction du recours à la force lorsque ces mesures procédaient d'une intention de porter atteinte à l'État lésé[338].

Ces précédents choisis permettent ainsi de constater que la qualification de l'agression armée est bien conditionnée, en pratique, par l'hostilité manifestée par l'État attaquant contre l'État attaqué.

---

[334] Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, *C.I.J. Recueil* 1996, p. 246, n°48 (nous soulignons). Elle évoque, également, l'hypothèse de la légitime défense, comme condition négative de la qualification.

[335] O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, *op. cit.*, p. 106. V. à cet égard : *Plates-formes pétrolières* (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, *C.I.J. Recueil* 2003, pp. 191-192.

[336] O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, *op. cit.*, p. 106.

[337] *Ibid.*, p. 107. V. aussi, et plus largement, les jurisprudences citées par l'auteur pp. 69-87.

[338] *Ibid*. L'auteur évoque par exemple la plainte déposée en 1964, par la Malaisie, au conseil de sécurité de l'ONU, à l'encontre de l'Indonésie, à raison de l'introduction de plusieurs unités paramilitaires, envoyées par ce dernier État, sur le territoire malaisien. Une violation de la Charte des Nations Unies fut invoquée, et appuyée sur l'intention agressive manifestée par les autorités indonésiennes, qui avaient formulé certaines déclarations belliqueuses envers la Malaisie.

116. Précision relative au concept d'intention agressive. – La fonction cardinale affectée à l'intention agressive manifestée par l'État, dans la qualification de l'agression armée, supprime tout doute relativement au caractère délibéré de l'entreprise. On peut ainsi s'accorder à dire, avec un auteur, que « *les actes tombant sous le concept de l'agression armée impliquent toujours une volonté coupable* »[339]. Il reste que la terminologie employée peut prêter à confusion, de sorte qu'une précision s'impose : l'intention dont il est question, ici, s'entend d'une résolution étatique et non d'une intention individuelle devant être recherchée chez la personne de l'auteur du crime d'agression[340]. En somme, il s'agit simplement d'établir à ce stade, que les opérations militaires en cause procèdent d'une politique préconçue par les instances étatiques.

Il reste, maintenant, à définir le but de cette politique d'agression sur laquelle repose la qualification de la situation contextuelle.

b- Le but de la politique d'agression

117. Atteinte à la souveraineté, l'indépendance politique ou l'intégrité territoriale de l'État agressé. – Le texte d'incrimination définit l'acte d'agression comme un emploi de la force « *contre la souveraineté, l'indépendance politique ou l'intégrité territoriale* » d'un État[341]. Ce résultat doit donc faire partie intégrante de la politique à l'appui du recours à la force, pour que l'on puisse conclure au caractère délibéré de l'entreprise. En d'autres termes, l'État agresseur doit chercher à porter atteinte à la souveraineté, à l'indépendance politique ou à l'intégrité territoriale de l'État agressé.

118. Parallèle avec le but de domination identifié par la jurisprudence de l'après-guerre. – Ce résultat décrit par le texte d'incrimination fait directement écho au but de domination identifié par la jurisprudence des TMI. En effet, la souveraineté étatique, l'indépendance politique et l'intégrité territoriale sont autant d'éléments cristallisant l'absence de subordination de l'État à une quelconque autorité supérieure[342]. Le premier de ces éléments

---

[339] J. ŽOUREK, « Enfin une définition de l'agression », *AFDI*, vol. 20, 1974, p. 26. La doctrine contemporaine se prononce également en ce sens. V. not. : G. WERLE et F. JESSBERGER, *Principles of international criminal law*, Oxford University Press, 3ème éd., 2014, n° 1453 ; A. CASSESE (éd.), *International criminal law*, Oxford University Press, 3ème éd., 2013, p. 142 ; M. GILLETT, « The Anatomy of an International Crime : Aggression at the International Criminal Court », *ICLR*, vol. 13, 2013, p. 842 ; C. KRESS, « Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression », *EJIL*, vol. 20, 2009, p. 1139.

[340] Cette intention individuelle renvoie à l'élément moral du crime d'agression, c'est-à-dire à l'état d'esprit devant animer le comportement incriminé, à savoir la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution de l'acte d'agression. Sir l'élément intentionnel des infractions internationales, v. infra, n°634 et s.

[341] Art. 8 *bis*, al. 2 du Statut de Rome.

[342] R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t.I, sirey, 1920, réed. Dalloz, 2003, n°26. Pour une doctrine plus contemporaine voir : D. CARREAU, « État », *Rép. Pén.,* Dalloz, 2010, n°20 ; J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Précis, Domat-Montchrestien, LGDJ, Paris, 9ème éd., 2010, p. 238 ; J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Précis de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Larcier, 2000, p. 125 et s. ou encore P. CAHIER, « Changement et continuité du droit international », *RCADI*, vol. 195, 1985, p. 34. Cette plénitude de puissance publique n'est pas absolue : l'État reste soumis aux règles du droit

suffit d'ailleurs, à lui-même, à exprimer cette condition, en ce sens que la souveraineté marque au plan international le défaut de soumission de l'État à une autre puissance de même nature[343], ou si l'on préfère, le fait « *qu'il n'est le sujet (au sens d'assujetti) d'aucun sujet* »[344]. L'évocation de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de l'État, au titre des objets de protection, peut d'ailleurs être considérée comme surabondante, ces deux éléments renvoyant en réalité aux conditions concrètes de l'exercice de la souveraineté[345]. D'un côté, le territoire étatique « *n'est rien de plus que l'espace à l'intérieur duquel s'exercent les compétences propres à l'État souverain* »[346] et c'est précisément, parce qu'il constitue l'assise de la souveraineté que le territoire « *ne doit faire l'objet d'aucune emprise tendant à le soustraire durablement ou momentanément à l'autorité de l'État* »[347]. D'un autre côté, l'indépendance politique renvoie, en substance, à la même idée que la souveraineté puisqu'elle désigne l'absence de subordination de la collectivité constituée en État. En témoigne le fait que ces deux termes sont bien souvent employés comme synonymes[348]. En réalité, il y aurait moins une différence de nature qu'une différence de degré entre l'indépendance politique et la souveraineté : la première appartiendrait à l'ordre du fait, tandis que la seconde relèverait de l'ordre du droit[349]. Ainsi, le concept de souveraineté englobe, semble-t-il, l'intégrité territoriale et l'indépendance politique de l'État, si bien que la mention de ces deux derniers éléments paraît quelque peu inutile[350]. Toujours est-il que la définition légale de l'agression armée rejoint

international. Ainsi que l'explique J. BASDEVANT, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 058, 1936, p. 578 : « *En parlant de la souveraineté de l'État on n'entend pas dire que l'État échappe à l'autorité de toute règle de droit, mais seulement qu'au-dessus de l'État il n'y a aucune autorité humaine établie* ».

[343] J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001 – *v°* « Souveraineté », sens B ; J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Précis Domat-Montchrestien, *op. cit*., p. 236.

[344] J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *op. cit*., p. 238.

[345] P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, *op. cit*., n°34.

[346] P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, *op. cit*., n°56.

[347] J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, – v° « intégrité territoriale ».

[348] N. POLITIS, « Le problème de la limitation de la souveraineté et la théorie de l'abus de droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, Vol. 6, 1925, p. 13 : « *la tendance générale, aujourd'hui, est de tenir les deux expressions pour synonymes* ». Cette assimilation se vérifie dans la jurisprudence : v. par ex. : CPJI, Avis consultatif du 7 fév. 1923, série B, n° 4, p. 25 le terme indépendance est substitué à celui de souveraineté jusqu'alors employé ou encore : CPJI, *affaire du Lotus*, Publications de la CPJI, Série A, n°10, arrêt du 7 septembre 1927, p. 18-19 où les termes indépendance et souveraineté sont alternativement utilisés. De manière encore plus significative, v. Cour permanente d'arbitrage, Sentence arbitrale rendue le 4 av. 1928 par M. Huber entre les États-Unis et les Pays-Bas dans le litige relatif à la souveraineté sur l'île de Palmas reproduit dans : *RGDIP*, 3ème série, t. IX, 1935 p. 156 et s., (spécif. p. 163) où l'arbitre affirme que « *la souveraineté, dans les relations entre États, signifie l'indépendance* ». La doctrine tient également ces deux notions pour synonymes : v. not. J. BASDEVANT, « Règles générales du droit de la paix », *préc.*, p. 582 pour qui : « *On peut mettre sur le même pied les termes souveraineté et indépendance* » ou encore J. VERHOEVEN, *Droit international public*, *op. cit*., p. 125 qui traite de la « *souveraineté-indépendance* ».

[349] J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 238 : « *Comme situation de fait, l'indépendance permet à une collectivité de prétendre à la qualité d'État. Mais une fois constitué, celui-ci tire de cette qualité sa souveraineté en tant qu'élément du statut d'État ; la souveraineté internationale n'est ainsi que la formalisation légale d'une indépendance de fait, ou, si l'on veut, le droit au maintien d'une indépendance* ». En ce sens également : P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public, op. cit.*, n°32.

[350] A noter que l'article 2§4 de la Charte des Nations Unies suit une logique inverse : elle interdit le recours à la force « *contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de l'État* », sans faire référence au concept englobant de souveraineté étatique. Ce dernier élément a été intégré à la définition de l'agression armée par la résolution 3314 (XXIX) adoptée par les Nations Unies, citée *supra*.

l'interprétation des juges de l'après-guerre, dès lors que le résultat criminel identifié est le même en substance : il consiste dans la sujétion de l'État à l'autorité d'une puissance étrangère. Seulement, il est tantôt défini concrètement, comme la domination de l'État, tantôt abstraitement, comme une atteinte à la souveraineté étatique.

119. Conclusion. – Ainsi, bien que le texte d'incrimination du crime d'agression n'insiste pas sur la finalité affectée à l'emploi de la force armée, le but de domination étatique poursuivi par l'État agresseur demeure un critère décisif de la qualification du contexte d'agression, comme il en allait, auparavant, en matière de crime contre la paix.

Il demeure que cet objectif de soumission de l'entité ciblée n'est pas propre à l'entreprise d'agression : il constitue, également, le but du recours à la force dans le contexte d'un conflit armé.

B. Le conflit armé

120. Dédoublement du but de soumission. – Si le but du recours à la force armée n'est aucunement mis en avant dans la définition du conflit armé admise par le droit international pénal[351], il constitue, en revanche, un critère de définition invariable du concept de guerre. Il est ainsi pleinement acquis que toute entreprise armée est destinée à « *vaincre l'adversaire pour l'obliger à une soumission totale* »[352] ou, plus concrètement, à « *imposer, par la force, une volonté déterminée à l'adversaire* »[353]. Cette dernière définition, plus précise, laisse constater que l'objectif de soumission se dédouble : s'il s'agit, en définitive, d'obliger l'adversaire à accepter une prétention donnée, la concrétisation de ce dessein présuppose de le contraindre matériellement, par la force des armes. Deux buts distincts peuvent ainsi être identifiés : un but immédiat consistant dans la soumission militaire de l'adversaire (1) et un but final, consistant dans sa soumission politique (2). Toutefois, seul l'un d'entre eux est véritablement déterminant de la qualification du conflit armé.

1- La soumission militaire de l'adversaire, but immédiat du conflit armé

121. Définition du but de soumission militaire. – « *Terrasser l'adversaire et le rendre ainsi incapable de toute résistance* »[354] : c'est en ces termes que Karl von Clausewitz décrivait

[351] En vertu de l'arrêt *Tadić* relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence rendu par le TPIY précité, cette définition consiste à dire 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* ».

[352] A. BIROU, *Vocabulaire pratique des sciences sociales*, éd. Économique et humanisme, Paris, Les éditions ouvrières, 1966 – *v°* « Guerre ».

[353] J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, – v° « Guerre – Sens ordinaire ». v. aussi : G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, 13ème éd., 2020 – « Guerre » : « *conflit armé entre deux ou plusieurs États, chacun des belligérants cherchant à soumettre son ou ses adversaire à sa volonté par la force* ».

[354] C. von CLAUSEWITZ, *De la guerre*, 1832, éd. Rivages poches, coll. Petite Bibliothèque, 2014, p. 19, n°2.

le but immédiat et invariant de tout acte militaire. D'autres, plus pragmatiques, retiennent que « *l'objet de la guerre, c'est la destruction de personnes et de choses* »[355]. Le vocable de la suprématie militaire, expression d'une glorification du fait de guerre, ne saurait en effet suffire à occulter la réalité ensanglantée du processus martial : la guerre n'est pas autre chose qu'une série d'homicides, d'atteintes à l'intégrité physique, à la liberté, de destructions de biens devant permettre, aux belligérants, d'acquérir un avantage décisif sur l'adversaire pour mieux affirmer leur supériorité et ainsi le faire plier à leurs prétentions. Aussi l'expression soumission militaire peut-elle être tenue pour équivalent d'anéantissement des éléments humain et matériel de l'adversaire. En tout état de cause, cette domination armée recherchée par les parties est véritablement décisive du concept de guerre : d'une part, elle distingue cette situation des formes de violences collectives spontanées et inorganisées pouvant intervenir au sein de la vie sociale (par exemple des émeutes) ; d'autre part, elle détermine la durée de l'opposition, la lutte ayant vraisemblablement vocation à durer jusqu'à ce que l'une des parties parvienne finalement à subjuguer son opposant.

122. Valeur juridique du but de soumission militaire. – Ce but de soumission militaire n'est pas mis en avant par les instruments juridiques définissant le contexte de conflit armé ; mais comme le relève un auteur, il découle d'une interprétation usuelle et de bon sens du droit applicable aux conflits armés[356]. Certes, la jurisprudence pénale internationale se borne à énoncer qu'un conflit armé existe à chaque fois que des groupements armés ont recours à la force entre eux[357], sans insister sur le but qu'ils poursuivent. Pour autant, « *tout affrontement entre membres de forces armées de nationalité différente ne constitue cependant pas nécessairement un conflit armé international, sinon il en irait ainsi de n'importe quelle bagarre de café entre militaires un peu éméchés et relevant d'États différents* »[358]. Il paraît en effet qu'il ne peut y avoir de conflit armé qu'à la condition que les acteurs agissent aux fins de réaliser l'objet militaire de la guerre, en cherchant à se soumettre mutuellement et complètement, par la force des armes.

On peut d'ailleurs noter que certains critères juridiques appliqués à la qualification de la situation de conflit manifestent une prise en compte implicite de cette intention belligérante. La condition de déclaration de guerre posée par les premières Conventions ayant réglementé les conflits armés[359] fournit une première illustration : l'existence d'un tel avertissement préalable

---

[355] W. J. FENRICK, « Interdictions et restrictions apportées à l'utilisation de certains moyens et méthodes de guerre », *Études internationales*, vol. 23, n°4, 1992, p. 820.
[356] E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, coll. droit international, 6ème éd., 2019, p. 131, n°1.59.
[357] TPIY, arrêt *Tadić* relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence, préc., n°70. Cette définition a été ratifiée par la jurisprudence postérieure du TPIY ainsi que par celle des autres juridictions pénales internationales. A noter que la qualification des conflits armés internes est conditionnée par le caractère « prolongé » du recours à la force selon cette même définition jurisprudentielle. V. aussi : art. 8 al. 2, f) du Statut de Rome.
[358] E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *loc. cit*.
[359] Convention (III) de la Haye relative à l'ouverture des hostilités, 18 oct. 1907, art. premier : « *Les Puissances contractantes reconnaissent que les hostilités entre elles ne doivent pas commencer sans un avertissement*

et solennel des parties devait ainsi permettre de s'assurer que les États en présence entendaient effectivement s'engager militairement dans une lutte contre leur opposant[360]. Ce critère formel a finalement été abandonné, afin d'éviter que les États prétextent de leur absence d'intention belligérante pour échapper à leurs obligations humanitaires[361]. Il reste que cette donnée subjective demeure décisive, bien qu'elle ne reçoive pas de traduction juridique, dès lors que les opérations armées réalisées par erreur ne sauraient déclencher l'existence d'un conflit armé[362]. De tels malentendus demeurent toutefois peu fréquents et, dans la majorité des cas, la confrontation des forces étatiques induit la détermination des États de soumettre militairement leur adversaire : l'absence de prise en considération expresse de l'objectif militaire poursuivi par les belligérants s'explique, vraisemblablement, par la force de cette présomption davantage que par son défaut de pertinence.

Il en va toutefois différemment lorsque les hostilités matérielles interviennent au plan interne, l'emploi de la force pouvant caractériser de simples troubles ou tensions internes, étrangères à l'application du droit des conflits armés. Le droit international humanitaire organise la distinction de ces situations au regard du caractère continu et concerté des attaques conduites[363] ; le droit international pénal privilégie, quant à lui, un critère tenant au caractère prolongé des affrontements[364]. Bien que l'objectif de soumission militaire soit à nouveau passé sous silence, il se profile toutefois en arrière-plan des éléments qualifiants exigés. Les conditions de concertation ou de prolongation des hostilités semblent, en effet, vouées à vérifier que les opérations armées ne sont pas seulement l'expression de heurts isolés, mais qu'elles s'intègrent à un processus de destruction implacable et pérenne de l'ennemi désigné. La jurisprudence internationale pénale corrobore au demeurant cette interprétation. Dans certaines affaires où l'existence d'un conflit armé interne pouvait prêter à discussion, les juridictions ont

---

préalable et non équivoque, qui aura, soit la forme d'une déclaration de guerre motivée, soit celle d'un ultimatum avec déclaration de guerre conditionnelle ». V. aussi le préambule et les art. 2 et 3 de cette Convention.

[360] C. GREENWOOD, « The Concept of War in Modern International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, 1987, p. 286.

[361] A partir de 1949, la notion de conflit armé a été introduite et opposée à celle de « guerre déclarée » ce qui signale que cette première situation n'est pas subordonnée à l'exigence d'une déclaration de guerre. En témoigne le libellé de l'article 2 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 portant délimitation de leur champ d'application : « *En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles* » (nous soulignons). Les commentaires du CICR relatent l'historique de cette condition révolue et expliquent, très clairement, que son abandon est voué à « *limiter la possibilité pour les États de se soustraire à leurs obligations en vertu du droit humanitaire, tout simplement en ne déclarant pas la guerre ou en refusant de reconnaître l'existence d'un conflit armé* » : v. not. : CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 2ème éd., 2016, n°202.

[362] D. KRITSIOTIS, « The tremors of *Tadić* », *Israel Law Review*, 2010, vol. 43, p. 280.

[363] Protocole additionnel II du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, art. 1, al. 1.

[364] Cette exigence ressort de la définition du contexte de conflit armé admise par la jurisprudence pénale internationale. V. TPIY, arrêt *Tadić* relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence, préc., n°70 : « *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* » (nous soulignons). Cette définition est entérinée par l'article 8 al. 2, f) du Statut de Rome.

ainsi appuyé la qualification de ce contexte sur le but du recours à la force. Par exemple, dans l'affaire *Boškoski et Tarčulovski*, la Chambre de première instance du TPIY a insisté sur les ordres communiqués aux forces étatiques de « *détruire les terroristes* » et de « *causer autant de pertes que possible "parmi les forces vives"* »[365] pour conclure à l'existence d'un conflit armé entre l'ex-République yougoslave de Macédoine et groupe terroriste de l'ALN. De façon encore plus significative, les juges de l'affaire *Limaj* ont écarté les arguments de la défense portant sur l'inexistence de toute situation de conflit armé en expliquant que « *sans exclure l'existence d'un autre objectif ultime* (…) *à l'époque des faits, l'appareil militaire de chaque partie n'avait d'autre but immédiat que la défaite de l'ennemi* »[366]. Si cette dernière observation atteste que le conflit armé s'entend d'une entreprise visant la soumission militaire de la partie rivale, elle laisse également entrevoir qu'il ne s'agit jamais que d'un but intermédiaire. On s'accordera effectivement à reconnaître, avec le TPIY, que la domination armée de l'adversaire ne constitue pas une fin en soi : elle est toujours vouée à assurer l'accomplissement d'un but final, soit la soumission politique du groupe ennemi.

2- La soumission politique de l'adversaire, but final du conflit armé

123. Définition du but de soumission politique. – La victoire militaire ne constitue pas un objectif absolu. Elle est un moyen, mis au service de la concrétisation des prétentions politiques d'un groupement donné : chaque partie cherche à affirmer sa suprématie, sur son adversaire, en vue de le soumettre à une revendication donnée. « *La volonté d'imposer sa loi à l'autre »,* explique ainsi un auteur*, « est inhérente à la relation guerrière : l'un au moins émet des prétentions (à un territoire, à une ressource, à un changement de politique, au triomphe d'une valeur ou à la disparition d'une ethnie) et tente de contraindre l'adversaire : il devra consentir ou disparaitre* »[367]. En cela, la guerre est un véritable instrument politique – « *une simple continuation de la politique par d'autres moyens* »[368], résumait Clausewitz –.

124. Valeur juridique du but de soumission politique. – D'aucuns estiment que ce but politique constitue un critère utile à la délimitation du contexte de conflit armé interne, en ce sens que seuls les affrontements entre groupements aspirant à la réalisation d'objectifs politiques devraient être considérés, tandis que les organisations formées autour de projets « purement criminels », tels les mafias ou les gangs armés, ne pourraient jamais être reconnues comme étant partie à un conflit armé[369].

---

[365] TPIY, jugement *Boškoski et Tarčulovski*, préc., n°243 et n°246.
[366] TPIY, *Affaire le Procureur c. Limaj*, jugement (IT-03-66-T), ch. 1ère inst. II, 20 nov. 2005, n°170 (ci-après : « jugement *Limaj* »).
[367] F.-B. HUYGHE, « L'impureté de la guerre », *RICR*, vol. 91, Sélection française, 2009, p. 24.
[368] C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, *op. cit*., p. 43.
[369] D. PETRASEK, *Ends & means* : *Human Rights Approaches to Armed Groups*, International Council on Human Rights Policy, 2000, p. 6 : « *Armed groups take numerous forms. Usually they operate in opposition to the existing state or government. Often their aim is to overthrow that government. Sometimes it is to achieve autonomy or*

La prise en compte de ces motivations se heurte néanmoins au principe d'égalité des belligérants, dont il découle que la cause du recours aux armes n'a aucune incidence sur l'application du droit des conflits armés. En effet, que la raison de l'emploi de la force soit légitime ou non, les belligérants sont soumis au même traitement : ils ont les mêmes droits et obligations[370]. Rien ne semble justifier qu'il en aille autrement lorsque le conflit présente un caractère interne. Cela est d'autant plus facile à comprendre si l'on remonte au fondement même du régime juridique d'exception s'appliquant à la situation de guerre : la permission de recourir à la force se justifie par la menace pesant sur l'existence de chacune des parties[371]. Or, les motivations des belligérants n'ont aucune forme d'influence sur la réalité de ce péril : celui-ci apparaît dès lors que chacun des groupes en présence poursuit effectivement l'ambition de vaincre son adversaire par la force des armes. De ce point de vue, la prise en compte du dessein ultime des participants ne trouve aucun bien-fondé. Il paraît, en outre, peu opérant. D'une part, aucun motif ne renferme à lui seul la raison d'être de la guerre : « *des considérations diverses peuvent intervenir dans la décision d'une guerre, chez un individu, et a fortiori dans la collectivité qui la déclare. (...) La guerre n'est donc pas le produit d'un syllogisme, (...) mais d'une multitude de syllogismes et même de mobiles impulsifs* »[372]. Ainsi, un groupement armé donné peut très bien exercer des activités de type criminel, tout en poursuivant par ailleurs un objectif politique[373]. D'autre part, les ambitions des belligérants sont évolutives[374]. L'acte d'accusation des procès de Nuremberg ne signifiait pas autre chose lorsqu'il exposait que « *les buts et les desseins des conspirateurs nazis n'étaient pas fixés ou immuables, mais ils ont évolué et se sont élargis à mesure que s'accroissaient leur puissance et leur capacité de réaliser leur menace de contrainte ou de guerre d'agression* »[375]. Au regard de ces différentes raisons, le but

---

independence for part of the territory of a state. This said, not all armed groups operate in clear opposition to a state or government. (...) Nevertheless, all these groups have a recognisable political goal. This distinguishes them from armed groups that pillage but appear not to have a coherent political project and also from organisations that are merely criminal, like the Mafia or triad gangs ». V. aussi : C. BRUDERLEIN, *The role of non-state actors in building human security – The case of armed-groups in intra-state wars*, Centre for humanitarian dialogue, Genève, 2000, p. 8.

[370] Le principe d'égalité des belligérants emporte le traitement paritaire des parties à un conflit armé en écartant toute application différenciée des règles du *jus in bello* en faveur de la partie qui respecte le *jus contra bellum*, au détriment de celle qui le viole. Autrement dit, cette règle traduit l'absence d'appréciation, au plan global, de la licéité de l'entreprise martiale conduite par les belligérants : le caractère potentiellement agressif du recours à la force, par l'un des groupes aux prises, n'a aucune incidence sur les prérogatives respectives des belligérants. Comme l'explique un auteur, « *[l]a partie ayant violé le jus contra bellum n'a pas moins de droits ou plus d'obligations sur le plan du jus in bello que la partie agissant conformément au jus contra bellum* » et « *inversement, la partie belligérante qui respecte le jus contra bellum n'a pas plus de droits ou moins d'obligations sur le plan du jus in bello que son adversaire* » : V. KOUTROULIS, *Jus ad/contra bellum, Le droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 167. Pour plus de développements sur le principe d'égalité des belligérants et sa réception pratique, lors des procès d'après-guerre, v. R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, *op. cit.*, pp. 185-190.

[371] V. *infra*, n°182.

[372] J. LAGORGETTE, *Le rôle de la guerre, Étude de sociologie générale*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1906, p. 95.

[373] S. VITÉ, « Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités », préc., p. 47.

[374] J. LAGORGETTE, *Le rôle de la guerre, Étude de sociologie générale*, *op. cit.*, p. 95.

[375] *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 32.

politique des belligérants semble devoir être considéré comme un élément sociologique pouvant éclairer les causes et la rationalité globale de l'acte militaire mais non comme un critère juridique du conflit armé[376]. La déclaration précitée des juges de l'affaire *Limaj* fait directement écho à cette conclusion : peu importe le dessein ultime des participants, dès lors qu'il est établi que leur effort armé tendait à soumettre militairement l'ennemi.

125. Bilan sur le but des entreprises martiales. – En somme, seul le but de soumission militaire poursuivi par les groupes armés apparaît réellement déterminant pour établir l'existence d'un conflit armé au plan juridique, le dessein politique s'apparentant à un mobile dépourvu de pertinence. Toujours est-il que la finalité assignée à la force armée employée est la même que celle caractérisant l'agression armée, ce qui n'est guère étonnant vu la parenté de ces deux entreprises. En revanche, les entreprises criminelles procèdent d'une logique différente. Il n'est plus question de domination militaire, mais de l'oppression d'une collectivité déterminée.

§2. L'oppression du groupe ciblé

126. Délimitation de la visée oppressive des entreprises criminelles. – Les entreprises criminelle contre l'humanité et génocidaire obéissent à une logique identique : elles procèdent de la déconsidération d'une collectivité déterminée et se concluent par l'instauration d'un régime de coercition arbitraire, sévère et bien souvent sans limites à l'encontre de ladite entité. Pour autant, cette visée oppressive n'a pas la même expression selon la qualification considérée. Dans l'un des cas, elle est très largement conçue et peut en définitive couvrir tout type de système criminel ; dans l'autre cas, elle est à l'inverse circonscrite à un type de projet criminel spécifique. Si le rapport de spécialité existant entre ces deux qualifications augure de la nature de cet agencement, il faut procéder à la délimitation du but respectif des entreprises criminelle contre l'humanité (A) et génocidaire (B) pour en rendre parfaitement compte.

A. L'entreprise criminelle contre l'humanité

127. Une entreprise d'oppression quelconque. – Dans sa forme la plus récente, l'incrimination du crime contre l'humanité définit la situation contextuelle comme une attaque consistant en la commission de multiples crimes à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite d'une politique ayant pour but une telle attaque[377]. La formule est quelque peu maladroite, à raison de sa redondance. Mais cela

[376] En ce sens, v. not : S. VITÉ, « Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités », *loc. cit.* ; J. D'ASPREMONT et J. DE HEMPTINE, *Droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 2012, p. 67.

[377] Art. 7 al. 2, a) du Statut de Rome : « *par "attaque lancée contre une population civile", on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population*

n'empêche pas de comprendre que le propre de l'entreprise criminelle contre l'humanité est de mettre en œuvre une politique ayant pour objet la violation massive des droits et libertés des membres du groupe ciblé. À considérer abstraitement les choses, on peut alors établir que le but de l'entreprise est toujours de réaliser une politique promouvant l'oppression d'une population civile. Mais il est impossible de qualifier plus strictement l'objectif poursuivi, car le texte ne circonscrit guère la politique criminelle au soutien de l'entreprise. Sur le plan répressif, cela induit que le champ du crime contre l'humanité ne souffre d'aucune limite : la qualification couvre toute entreprise ayant pour objet l'oppression d'une population civile, quel que soit son but immédiat (1) et son but final, c'est-à-dire le résultat, plus lointain, qu'elle cherche à accomplir à travers l'instauration de ce système criminel (2).

1- L'indifférence au but immédiat de l'entreprise d'oppression

128. Indétermination légale de la finalité de l'attaque lancée contre la population civile. – Les premiers textes d'incrimination du crime contre l'humanité n'affectaient aucune dimension finaliste à l'entreprise contextuelle. À vrai dire, les Statuts des TMI ne faisaient même pas mention d'une attaque criminelle d'ensemble[378] ; l'infraction y était simplement définie comme un crime spécifique, par exemple un meurtre, commis contre une population civile[379]. L'incrimination prévue par le Statut des TPI est plus élaborée, le contexte criminel étant formellement distingué du crime individuel, et défini comme « *une attaque généralisée ou systématique dirigée contre la population civile* »[380]. Il reste que les critères de définition choisis, à savoir le caractère généralisé ou systématique de l'attaque, renvoient aux modalités d'exécution de l'entreprise lancée contre la population civile, non au but qu'elle poursuit[381]. Le Statut de Rome a reconduit cette définition, qu'il développe toutefois en énonçant que « *Par "attaque lancée contre une population civile", on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque* »[382]. Cette condition politique scelle une exigence essentielle, voulant que l'attaque de la population civile procède d'une ligne de conduite

---

civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ».

[378] A noter, toutefois, que les Statuts des TMI conditionnaient la répression du crime contre l'humanité à sa connexité avec une autre des infractions incriminées, soit un crime contre la paix ou un crime de guerre. De ce point de vue, l'incrimination exigeait bien un lien avec une entreprise d'ensemble, quoique de nature martiale. Au reste, si l'on prend l'exemple du TMI de Nuremberg, il apparaît que les juges ont de toute façon mis en exergue la politique de persécution conduite par le régime nazi lors de l'opération de qualification judiciaire du crime contre l'humanité : en réalité, il ne faisait aucun doute que ces crimes participaient d'une entreprise criminelle de plus grande envergure. V. *Procès des grands criminels de guerre*, préc., pp. 260-266.

[379] Art. 6, al. c) du Statut du TMI de Nuremberg ; art. 5 al. c) du Statut du TMI de Tokyo.

[380] Art. 3 du Statut du TPIR et art. 5 du Statut du TPIY.

[381] Sur ces conditions, v. *infra*, n°339 et s.

[382] Art. 7 al. 2, a) du Statut de Rome.

préconçue. Celle-ci est souvent confondue avec la condition de systématicité de l'attaque, dans la mesure où ces deux éléments appellent à la rationalisation de l'entreprise. Ils sont pourtant bien distincts : l'élément politique transcrit la dimension finaliste de l'entreprise – elle doit tendre à la réalisation de l'attaque de la population civile – tandis que l'élément de systématicité renvoie au *modus operandi* appliqué à la réalisation de cette finalité criminelle – « *la répétition délibérée et régulière de comportements criminels similaires* »[383] –. De ce point de vue, l'incrimination prévue par le Statut de Rome renferme une avancée majeure par rapport aux incriminations antérieures : l'élément politique formalise, en effet, le lien d'action unissant les différents crimes commis et marque, ainsi, l'existence d'une véritable entreprise criminelle formée autour du projet de cette attaque, et non simplement une situation de violation diffuse des droits de l'homme[384]. Toujours est-il que l'élément politique induit seulement que l'attaque de la population civile doit être perpétrée *à dessein* ; mais ce dessein n'est pas autrement circonscrit.

129. Indifférence à la finalité de l'attaque lancée contre la population civile. – Les dispositions du Statut de Rome n'associent, en effet, aucun but précis à l'entreprise criminelle contre l'humanité, comme il en va, par exemple, en matière de génocide, où le crime doit tendre à la *destruction* du groupe[385]. L'incrimination se borne à énoncer que l'attaque de la population civile doit découler d'une politique préconçue et, réciproquement, que la politique criminelle doit avoir pour but une telle attaque.

Cette définition circulaire met en lumière le rapport de causalité existant entre la politique et l'attaque : la première détermine la seconde, en fixant son cadre et en décidant de son orientation ; la seconde concrétise la première, en œuvrant à la réalisation de l'objectif projeté par l'organisation. On comprend, alors, que la finalité de l'entreprise dépend, en réalité, de l'objet de la politique qui gouverne sa réalisation. Dans la mesure où le Statut de Rome ne pose aucune exigence, à ce dernier égard – il ne définit pas autrement la politique que par la commission multiple de crimes qu'elle implique –, il faut considérer que le résultat projeté par l'organisation peut être de toute nature, pour peu qu'il extériorise l'oppression d'une population civile déterminée.

130. Diversité des politiques criminelles couvertes par la notion de crime contre l'humanité. – Cette indétermination du but de l'attaque de la population civile confère un vaste

[383] TPIY, arrêt *Kunarac et consorts*, préc., n°94.
[384] V. not, à cet égard, l'opinion dissidente formulée par le juge Hans-Peter Kaul n°56-70, spécifiquement n°65, annexée à la décision suivante : CPI, *Situation en République du Kenya*, 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, ICC-01/09-19, Ch. prélim. II, 31 mars 2010 (ci-après : « Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya »). V. également : K. AMBOS, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, *op. cit*, p. 200 ; Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit*., p. 286.
[385] Art. 6 du Statut de Rome. Sur ce point, v. *infra*, n°138 et s.

champ d'application au crime contre l'humanité. Il s'ensuit que toute sorte d'entreprise oppressive peut être saisie à travers cette qualification, peu important la finalité immédiate de la politique adoptée par l'organisation.

L'hétérogénéité des actes sous-jacents incriminés le démontre, par ailleurs. Les crimes listés correspondent aux différentes actions individuelles susceptibles de constituer l'attaque d'ensemble, étant entendu qu'aucun d'entre eux n'est par lui-même essentiel à la qualification de l'attaque contextuelle[386]. En d'autres termes, ils manifestent, simplement, les différentes formes extérieures que peuvent revêtir les comportements d'exécution de l'entreprise. Or, il n'est aucune unité de nature dans les infractions visées. Certaines s'entendent, par exemple, d'actes attentatoires à la vie : c'est le cas du meurtre[387] ou de l'extermination[388]. D'autres consistent en des atteintes à la liberté, ainsi que l'illustre l'incrimination de l'emprisonnement[389] ou la déportation et le transfert forcé[390] ; ou encore en des atteintes à la dignité : on peut notamment évoquer l'infraction de réduction en esclavage[391]. Cette présentation – non exhaustive[392] – des actes pouvant réaliser l'attaque rend compte de la diversité des entreprises couvertes par la qualification de crime contre l'humanité. Vu la variété des comportements d'exécution considérés, il apparaît que l'entreprise peut tendre à la réalisation d'une large gamme de politiques de négation des droits de la collectivité ciblée, allant de la persécution de ses membres, en passant par leur expulsion, jusqu'à leur élimination physique.

131. Illustrations. – L'histoire du vingtième siècle suffit, à elle seule, à illustrer la grande variété des entreprises d'oppression couvertes par la qualification de crime contre l'humanité.

Pour ce qui concerne le système criminel nazi, les politiques inhumaines conduites furent essentiellement des politiques de persécution. Au-delà de celle ayant visé la communauté juive, qui se mua rapidement en une politique d'extermination relevant davantage du génocide que du crime contre l'humanité[393], le régime nazi a mis à exécution un programme de répression systématique et inconditionnée de toutes les personnes soupçonnées d'être hostiles au *Reich* et à ses desseins. Les opposants politiques, mais également les fonctionnaires étatiques, les

---

[386] L'article 7 du Statut de Rome portant incrimination du crime contre l'humanité exige simplement qu'une population civile ait été la cible de « *la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1* », en sorte qu'il suffit d'établir que plusieurs crimes, parmi ceux listés, ont été perpétrés.
[387] Art. 7, al. 1, a) du Statut de Rome.
[388] Art. 7, al. 1, b) du Statut de Rome.
[389] Art. 7, al. 1, e) du Statut de Rome.
[390] Art. 7, al. 1, d) du Statut de Rome.
[391] Art. 7, al. 1, c) du Statut de Rome.
[392] Pour de plus amples développements sur la matérialité de ces comportements réalisant l'entreprise criminelle, v. *infra*, n°425-426.
[393] Le TMI de Nuremberg n'a pas eu d'autre choix que d'appréhender le programme d'extermination des Juifs mis en place par le régime nazi sous la qualification de crime contre l'humanité, dès lors que l'incrimination du génocide n'avait pas encore été consacrée. Cette dernière qualification reste toutefois la plus appropriée, sur un plan juridique, compte tenu de la nature politique de la solution finale instituée qui tendait à anéantir une collectivité à raison de son identité religieuse. C'est d'ailleurs, à partir de ce pan de la politique criminelle nazie, et pour rendre compte de sa réalité particulière, que sera conceptualisé le génocide.

syndicats libres, les représentants religieux ou encore les groupes pacifistes aux velléités résistantes furent ainsi placés en détention ou dans des camps de concentration, dépossédés de leurs biens, interdits d'exercer leurs activités voire, dans les cas les plus extrêmes, torturés ou assassinés[394].

La situation en ex-Yougoslavie se rapportait plus particulièrement à des politiques dites de « purification ethnique », selon l'expression consacrée à l'occasion de ce conflit pour transcrire la réalité de l'objectif criminel poursuivi par les parties en présence. Cette qualification s'applique ainsi aux pratiques visant à « *rendre une zone ethniquement homogène en utilisant la force ou l'intimidation pour faire disparaître de la zone en question des personnes appartenant à des groupes déterminés* »[395], auxquelles ont eu recours les forces serbes et croates, sur l'ensemble du territoire Yougoslave. Appuyés sur un nationalisme exacerbé, ces plans criminels tendent, concrètement, à affermir l'occupation d'un territoire en expulsant certains groupes considérés comme indésirables. La majeure partie des poursuites engagées du chef de crime contre l'humanité devant le TPIY avait trait à la mise en œuvre de telles politiques[396]. Mais certains évènements récents montrent que ce genre de pratiques n'a pas cessé avec le conflit yougoslave. La situation de minorité Rohingya, en Birmanie, en fait notamment état[397]. La Cour pénale internationale devrait bientôt avoir à se prononcer sur la qualification applicable, mais l'on peut d'ores et déjà souligner que la Chambre préliminaire III a présenté l'entreprise criminelle considérée comme relevant du crime contre l'humanité dans sa décision autorisant l'ouverture d'une enquête sur cette situation d'espèce[398].

L'incrimination de l'apartheid, au titre des comportements consommant le crime contre l'humanité, indique que l'entreprise criminelle globale peut par ailleurs tendre à instaurer la domination d'un groupe racial[399]. Conceptualisé à partir des expériences sud-africaines, le crime d'apartheid s'est émancipé de son contexte historique pour embrasser toute forme de politique de ségrégation et de discrimination raciale supportant une hiérarchisation institutionnalisée, par voie législative ou réglementaire, des groupes humains présents au sein d'une société humaine donnée. Si la criminalisation de telles pratiques est évidemment louable, on peut néanmoins contester son érection au rang *d'acte sous-jacent* du crime contre l'humanité. L'apartheid ne présente pas la nature d'un crime sous-jacent, en ce sens qu'il n'a pas vocation à réaliser une

---

[394] Procès des grands criminels de guerre, préc., pp. 34-35.

[395] NU, Conseil de sécurité, *Rapport final de la commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du conseil de sécurité*, U.N. Doc. S/1994/694, 27 mai 1994, n°129. V. plus largement les paragraphes n°129 à n°150 pour une présentation développée des différentes expressions des politiques de purification ethniques conduites au cours du conflit yougoslave.

[396] Pour la caractérisation de cette politique de purification ethnique, par le tribunal, v. not. : TPIY, jugement *Brđanin*, préc., n°118.

[397] Sur l'application de la qualification de crime contre l'humanité à cette situation, v. A. GOGORZA, « Rohingyas en Birmanie : quel rôle pour le droit pénal international ? », *D.* 2017, p. 2360.

[398] CPI, *Situation in the people's republic of Bangladesh/Republic of the union of Myanmar*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19-27, Ch. Prelim. III, 14 nov. 2019.

[399] Art. 7, al. 2, h du Statut de Rome.

entreprise criminelle plus large : il caractérise une catégorie particulière d'entreprise criminelle[400], dont la spécificité tient, justement, au but qu'elle poursuit, soit l'assujettissement d'une collectivité raciale donnée.

Enfin, il faut souligner que l'entreprise criminelle contre l'humanité peut, dans sa forme la plus extrême, être tournée vers l'extermination d'une population civile donnée. La dictature instaurée par les Khmers rouges, au Cambodge, à partir de 1975, peut être prise en exemple. L'entreprise de « purification de la race khmère » conduite par le régime comprenait plusieurs volets, dont la transformation radicale de la société cambodgienne – de tendance conservatrice et composée, en majorité, de paysans bouddhistes – et l'instauration d'un « communisme pur ». En a découlé l'institution d'un système de terreur qui, dans un premier temps, a pris la forme d'un régime de coercition sévère de la population avant de se muer en politique d'extermination de tous les dissidents – réels ou présumés – à l'idéologie khmère rouge. Entre 7 et 8 millions de personnes furent massacrés[401]. Par ses tenants destructeurs, la ligne d'action suivie par les dirigeants cambodgiens s'approche d'une politique génocidaire ; elle s'en écarte, toutefois, au regard du groupe victime, qui n'a pas été visé à raison de ses caractéristiques nationales, ethniques, raciales ou religieuses, mais bien pour des considérations d'ordre idéologique. Aussi la qualification de crime contre l'humanité doit-elle être préférée à la qualification de génocide s'agissant de la politique khmère rouge et, plus largement, à chaque fois que la collectivité visée par l'entreprise d'extermination ne présente pas l'identité nationale, ethnique, raciale ou religieuse requise, et qu'elle n'est pas victimisée à raison de cette identité particulière.

132. Transition. – Cette série d'exemples achève ainsi de montrer que la qualification de crime contre l'humanité embrasse toute sorte d'entreprise d'oppression, peu important le résultat qui la concrétise. Le but immédiat de la politique criminelle est sans incidence sur la qualification, tout comme est indifférent le but final recherché par l'organisation.

2- L'indifférence au but final de l'entreprise d'oppression

133. Prise en compte du but final de la politique criminelle contre l'humanité par la doctrine. – L'oppression d'une population poursuit, la plupart du temps, un objectif lointain, d'ordre politique ou idéologique, qui n'est autre que le motif de l'entreprise criminelle. *A priori*, le texte d'incrimination n'invite pas à prendre en considération cet élément ; du moins, il ne referme aucune prescription expresse en ce sens. Un auteur considère, toutefois, qu'en visant les politiques ayant pour but l'attaque d'une population civile, le Statut de Rome restreint le

[400] En ce sens également : O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, *op. cit.*, pp. 191-192 ; P. CURRAT, *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale*, *op. cit.*, p. 549.
[401] Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit.*, p. 312.

champ de l'infraction aux « *actes servant exclusivement les politiques dont l'objet substantiel est l'attaque en question, et non ceux commis contre une population civile montrant un autre objectif fondamental* »[402]. La remarque est quelque peu ambiguë : soit elle signifie, simplement, que la population civile doit être la cible principale de l'attaque, ce qui est effectivement la solution admise en droit positif[403] ; soit elle invite à circonscrire le champ de l'infraction aux seules entreprises constituées autour d'un projet dont la raison d'être est l'atteinte d'une population civile déterminée. Les réflexions développées par cet auteur semblent plutôt appuyer cette seconde interprétation. Celui-ci affirme en effet qu'« *il n'est pas question* », dans la définition de l'infraction, « *d'une politique quelconque* » mais d'une « *d'une politique spécifique* », ce qui démontrerait que le Statut de Rome « *incrimine une finalité, un objectif fondamental et non un simple résultat criminel qui pourrait être le moyen intermédiaire d'une politique plus large* »[404]. À suivre cette analyse, l'attaque de la population civile ne saurait donc constituer un simple moyen criminel appliqué à la réalisation d'un dessein d'une toute autre nature.

134. Appréciation critique. – Cette interprétation est cependant contestable. D'abord, parce qu'elle est trop restrictive : le texte ne subordonne aucunement la qualification du contexte à la nature des prétentions inspirant l'entreprise criminelle. S'il requiert effectivement d'établir que celle-ci procède d'une politique ayant pour but l'attaque d'une population civile, rien n'interdit de considérer que ladite attaque puisse être simplement le *but médiat* de l'entreprise[405]. La politique criminelle en question n'en aurait pas moins pour objet l'oppression d'une population civile, comme l'exige l'incrimination. Le critère du but final de la politique apparaît, ensuite, quelque peu inopérant. L'auteur lui-même le concède : il devrait être assez difficile, dans les faits, de caractériser de telles politiques visant fondamentalement à atteindre la population civile, si bien que la qualification devrait probablement trouver à s'appliquer même quand le but de la politique diffère légèrement de l'attaque en cause[406]. Enfin, exiger que l'oppression de la population constitue le « but fondamental » de l'entreprise emporte un risque d'impunité non négligeable : dès lors que l'oppression du groupe servirait la concrétisation d'un objectif politique licite par nature – par exemple, la consolidation d'un pouvoir établi, ou encore la recherche d'un gain territorial – la qualification de crime contre l'humanité devrait alors être rejetée. Il serait ainsi aisé, pour les criminels à l'œuvre, de se retrancher derrière la licéité des motifs à l'origine de la campagne criminelle conduite pour échapper à toute sanction pénale.

---

[402] Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit.*, p. 203. Voir également M. YAYA DOUMBÈ BRUNET, *Crime contre l'humanité et terrorisme*, Thèse, Poitiers, 2014, n°635-636 qui fait sienne la conception défendue par Y. Jurovics.
[403] V. *supra*, n°58.
[404] Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit.*, p. 203.
[405] En ce sens : P. CURRAT, *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale*, *op. cit.*, p. 104.
[406] *Ibid.*, p. 204.

135. Indifférence de la jurisprudence à l'égard du but final de politique criminelle contre l'humanité. – Au regard de ces différentes considérations, on ne peut que se féliciter que la jurisprudence de la CPI ait affirmé, à l'examen de l'élément politique, que « *le Statut ne prévoit pas qu'il faille démontrer qu'un "motif" ou un "objet" sous-tend la politique consistant à attaquer la population civile* »[407]. Aussi, dans plusieurs affaires, la qualification de crime contre l'humanité a été appliquée à des attaques conduites en application de politiques oppressives mises au service de la réalisation d'un dessein d'une toute autre nature. Par exemple, dans l'affaire *Muthaura et consorts*, la Chambre préliminaire a confirmé les charges de crimes contre l'humanité quand bien même le but ultime de l'organisation en question était le maintien du *Party of National Unity* (PNU) au pouvoir[408]. De même, dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, la Chambre a expressément relevé que l'attaque lancée contre la population civile Hema constituait « *un moyen "d'effacer" le village de Bogoro pour garantir au FNI/aux FRPI le contrôle de la route menant à Bunia et faciliter l'acheminement de marchandises entre Bunia et le Lac Albert* »[409]. Ces décisions montrent que la qualification de crime contre l'humanité est appliquée même quand la politique au soutien de l'entreprise criminelle présente un autre objet substantiel que l'attaque d'une population civile. L'oppression du groupe ciblé peut donc tout à fait constituer un objectif intermédiaire voué à parachever, à long terme, un but lointain d'une nature différente.

136. Transition. – De la même manière que l'entreprise criminelle contre l'humanité peut viser une population civile *quelconque*, le projet criminel porté par l'organisation peut être de toute nature, et répondre à toute sorte de motifs, l'essentiel étant qu'il tende à l'atteinte d'un groupe de civils déterminés. Ainsi l'attaque contextuelle peut-elle viser à instituer n'importe quel type de système oppresseur, ce qui contraste avec le crime de génocide au regard duquel le but de l'entreprise est précisément circonscrit.

---

[407] CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°159 : V. aussi : CPI, *Situation en république de Côte d'Ivoire, Affaire le Procureur c. L. Gbagbo,* décision relative à la confirmation des charges portées à l'encontre de *Laurent Gbagbo* (ICC-02/11-01/11-656), ch. prélim. I, 12 juin 2014, n°214 : « *La Chambre fait observer que ni le Statut ni les Éléments des crimes n'incluent les raisons ou les motivations de la politique au nombre des éléments requis par la définition* » ou encore :CPI, *Situation en république du Kenya*, *Affaire le Procureur c. William S. Ruto, Henry K. Kogsey et Joshua A. Sang,* décision relative à la confirmation des charges rendues en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome (ICC-01/09-01/11-373), ch. prélim. II, 23 jan. 2012, n°213 (ci-après : « Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Ruto et consorts* ») : « *Le Statut ne prévoit toutefois pas de condition exigeant un tel motif ou un tel objet pour prouver l'existence d'une politique ayant pour but de commettre une attaque à l'encontre de la population civile* ».

[408] CPI, *Situation en république du Kenya, Affaire le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, décision relative à la confirmation des charges rendues en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome (ICC-01/09-02/11-382), ch. prélim. II, 23 jan. 2012, n°102 (ci-après : Décision relative à la confirmation des charges portée à l'encontre de *Muthaura et consorts* »).

[409] CPI, *Situation en république démocratique du Congo, Affaire le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, décision relative à la confirmation des charges (ICC-01/04-01/07-717), ch. Prélim. I, 30 sept. 2008, n°413 (ci-après : « décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Katanga et Ngudjolo Chui* »).

B. Le but de l'entreprise génocidaire

137. La destruction du groupe ciblé, but de l'entreprise génocidaire. – À la différence du crime contre l'humanité, le génocide couvre des entreprises d'oppression dont le but est qualifié par l'incrimination : il s'agit de la destruction du groupe ciblé. Le texte, toutefois, ne précise pas la nature de cette destruction, de sorte qu'on peut penser, *a priori*, que toute forme de destruction du groupe, en tant qu'entité sociale distincte, relève de cette infraction. Mais en réalité, le champ de la qualification de génocide est bien plus étroit encore. Il est en effet limité aux entreprises de destruction matérielle du groupe visé (1), à l'exclusion des entreprises de destruction culturelle (2).

1- La destruction matérielle du groupe

138. La destruction matérielle du groupe comme but du génocide. – L'étymologie du concept de génocide laisse entrevoir la radicalité de l'entreprise criminelle considérée. Construit à partir de la juxtaposition du terme *genos*, qui désigne la race ou le clan en grec ancien, et du suffixe *-cide*, qui provient du verbe latin *cadere*, signifiant tomber, mais aussi mourir[410], cette qualification transcrit, à elle seule, l'inhumanité paroxystique de ce type de processus criminel, dans lequel des collectivités humaines sont soumises à l'anéantissement. Il est vrai que la définition juridique du génocide se contente de viser un but de destruction[411], sans autre forme de précision. Il ne fait toutefois aucun doute qu'il faut entendre cette expression au sens de destruction *matérielle* : seules les campagnes projetant l'annihilation de la vie du groupe sont couvertes par cette qualification[412]. « *Le génocide est le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers* »[413], affirme, ainsi, la résolution des Nations Unies sur le génocide, en préambule, pour mieux insister sur le caractère particulièrement odieux de cette infraction, laquelle est d'ailleurs bien souvent présentée, au regard de ces considérations, comme « *le crime des crimes* »[414].

139. La destruction physique ou biologique du groupe. – Pour autant, pareil but criminel peut revêtir différentes réalités factuelles. L'entreprise peut, avant toute autre chose, viser la destruction physique de l'entité. Le cas échéant, celle-ci recouvre essentiellement des « *faits qui visent à provoquer la mort des membres du groupe ou à porter atteinte à leur*

---

[410] R. LEMKIN, *Qu'est-ce qu'un génocide ?, op. cit.*, p. 243.
[411] *Ann. CDI*, *1996,* vol. II(2), p. 48, n°12.
[412] L'incrimination établit, précisément, que constitue un génocide l'un des actes énumérés commis « *dans l'intention de détruire* » l'un des groupes protégés. v. not. l'article 6 du Statut de Rome.
[413] AGNU, *Le crime de génocide,* rés. N°96(I), U.N. doc. A/RES/96(1), 11 déc. 1946, Préambule.
[414] D'après la formule de W. SCHABAS, largement adoptée par la doctrine et la jurisprudence : W. SCHABAS, *Genocide in International Law : The Crime of Crimes*, *op. cit*.

intégrité physique et à leur santé »[415] et tend alors à dissoudre l'existence *actuelle* du groupe ciblé. Mais le génocide peut encore s'entendre d'un processus de destruction biologique, lequel passe « *par des mesures qui visent à l'extinction d'un groupe humain en mettant systématiquement obstacle aux naissances sans lesquelles le groupe ne peut se perpétuer* »[416]. Un auteur relate, à cet égard, un entretien dans lequel Raphaël Lemkin témoignait de son expérience : « *Quand j'ai parcouru les camps qui sont restés après la libération de l'Allemagne, j'ai trouvé un groupement de tziganes. Il y avait 400 tziganes mâles. Tous étaient stérilisés. Qu'est-ce que ça veut dire ? Ça veut dire que ce groupement n'existe plus comme une force vitale, comme force vivante pour la race tzigane. La race a été détruite par action directe mais aussi par les stérilisations* »[417]. Ainsi, dans le cas du génocide biologique, c'est non plus l'existence actuelle de la collectivité, mais plutôt son existence *à venir*, que le criminel cherche à annihiler. En réalité, peu importe la stratégie de destruction adoptée[418]. L'essentiel est que celle-ci porte sur l'existence matérielle du groupe. Si tel n'est pas le cas, la qualification de génocide est à écarter, quand bien même le groupe ciblé correspondrait à l'un de ceux visés par le texte d'incrimination, y compris si l'entreprise vise à saper les fondations sociales du groupe protégé, compromettant, en conséquence, sa représentation idéale au sein de la communauté internationale : telle est la raison pour laquelle les entreprises de destruction culturelle du groupe sont exclues du champ de cette infraction.

2- L'exclusion des entreprises de destruction culturelle du champ du génocide

140. Rejet de la destruction culturelle comme but du génocide dans la Convention internationale sur le génocide. – À l'origine, le génocide était conçu plus largement. Pour Raphaël Lemkin, le concept devait englober à la fois les politiques de destruction physique et biologique, mais aussi celles visant à détruire l'identité culturelle du groupe[419]. Invité à prendre part à l'élaboration de l'avant-projet de Convention sur le génocide, il plaida pour que ce type de « *politique, qui par des moyens draconiens, [vise] à la disparition rapide et complète de la vie culturelle, morale, religieuse, d'un groupe humain* »[420] soit inclus dans le champ du crime. Selon lui, l'élimination de l'identité du groupe n'était pas moins grave que la destruction de son existence matérielle étant donné que dans les deux cas, la conservation de la collectivité s'en

---

[415] NATIONS UNIES, Conseil économique et social, *Projet de Convention sur le crime de génocide*, UN doc. n°E/447, 26 juin 1947, p. 29.
[416] *Ibid*., p. 30.
[417] O. BEAUVALLET, « Article 6. Crime de génocide », *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, commentaire article par article*, dir. J. Fernandez, X. Pacreau et M. Ubeda-Saillard, t. 1, Paris, Pedone, 2ème éd., 2019.
[418] La grande diversité des actes susceptibles de consommer le génocide en fait état : leur analyse sera conduite *infra*, n°428, 433, 439, 443 et 451.
[419] R. LEMKIN, *Qu'est-ce qu'un génocide ?, op. cit.*, p. 215.
[420] NATIONS UNIES, Conseil économique et social, *Projet de Convention sur le crime de génocide*, UN doc. n°E/447, 26 juin 1947, p. 31.

trouvait compromise[421]. Bien que les autres experts détachés auprès des Nations Unies, Donnedieu de Vabres et Vespasien Pella, aient désapprouvé cette définition du concept qu'ils considéraient excessive[422], la destruction culturelle du groupe fut intégrée au texte de l'avant-projet[423]. Il en fut de même du projet de Convention qui sera soumis au vote de l'Assemblée générale des Nations Unies, lequel énonçait que « *le génocide s'entend également de tous les actes prémédités commis dans l'intention de détruire la langue, la religion ou la culture d'un groupe national, racial ou religieux en raison de l'origine nationale ou raciale ou des croyances religieuses de ses membres (...)* »[424].

Cette disposition généra d'intenses débats. Si certaines délégations se prononcèrent en faveur de son adoption, d'autres s'y opposèrent invoquant divers arguments. Il fut principalement avancé que la destruction culturelle n'atteignait pas le degré de gravité de la destruction physique ou biologique d'un groupe mais encore que le concept était trop fuyant, si bien qu'il se confondait avec les situations de violations des droits des minorités, déjà couvertes par d'autres Conventions[425]. Ces critiques ont eu raison de l'adoption de l'article. Celui-ci sera finalement rejeté, scellant la circonscription du champ de la Convention sur le génocide aux seules entreprises tendant à la destruction matérielle des groupes protégés.

141. Rejet de la destruction culturelle comme but du génocide dans la jurisprudence internationale. – Certaines cours internes se sont néanmoins écartées de cette conception. La Cour constitutionnelle allemande, notamment, a pu affirmer que « *la définition juridique du génocide défend l'idée d'une protection juridique qui, par-delà l'individu, s'étend à l'existence sociale du groupe [et que] l'intention de détruire le groupe [...] va au-delà de l'extermination physique et biologique [...]* »[426]. Cette position reste toutefois isolée. Celle-ci n'a jamais été suivie par les juridictions internationales, qui se sont retranchées derrière la conception classique du génocide voulant que la destruction visée porte sur l'existence matérielle du groupe. Les juges du TPIY l'ont très clairement signifié dans le jugement *Krstić* : « *le droit international coutumier limite la définition du génocide aux actes visant à la destruction physique ou biologique de tout ou partie du groupe. N'entrerait donc pas dans le cadre de la définition du génocide une entreprise qui s'en prendrait exclusivement, en vue de*

---

[421] *Ibid*.
[422] *Ibid*.
[423] *Ibid*. v. l'article 1§2, al. 3 de l'avant-projet.
[424] V. NATIONS UNIES, Conseil économique et social, comité spécial du génocide, Rapport du comité et projet de Convention élaboré par le Comité, UN doc. n°E/794, 26 mai 1948, art. III. Les actes sous-jacents du génocide culturel étaient définis (de manière non exhaustive) comme « 1) *l'interdiction d'employer la langue du groupe dans les rapports quotidiens ou dans les écoles, ou l'interdiction d'imprimer et de répandre des publications rédigées dans la langue du groupe ; 2) la destruction des bibliothèques, musées, écoles, monuments historiques, lieux de cultes ou autres institutions et objets culturels du groupe ou l'interdiction d'en faire usage* ».
[425] Pour une retranscription des débats, v. Nations unies, *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée Générale*, *Première partie*, Sixième commission, Compte rendu analytique des séances, 21 sept. – 10 déc. 1948, pp. 193-206.
[426] Cour constitutionnelle fédérale, 2 BvR 1290/99, 12 décembre 2000, par. III) 4) a) aa). La décision est citée par le TPIY, dans le jugement *Krstić*, préc., n°579.

les annihiler, aux traits culturels et sociologiques d'un groupe humain, fondements de son identité »[427].

142. La destruction culturelle comme modalité d'exécution de l'entreprise génocidaire. – Malgré tout, la jurisprudence pénale internationale admet que la destruction culturelle du groupe puisse constituer une modalité d'accomplissement de l'entreprise génocidaire. Si l'élimination physique des membres du groupe est assurément le moyen le plus direct de détruire celui-ci, le TPIY a toutefois concédé que « *l'on peut aussi envisager la destruction d'un groupe par une éradication délibérée de sa culture et de son identité, entraînant à terme son extinction comme entité distincte du reste de la communauté* »[428]. Ainsi, dans l'affaire *Blagojević et Jokić*, par exemple, il a été admis que le transfert forcé des membres du groupe puisse caractériser un génocide, pour peu que leur dispersion soit telle que le groupe ne puisse plus se reconstituer, entraînant, à terme, son extinction[429]. Cette interprétation est à mettre en parallèle avec l'incrimination sous-jacente du transfert forcé d'enfant du groupe dans un autre groupe. Dans les deux cas, c'est parce que la désorganisation sociale du groupe constitue une stratégie mise en place pour parvenir, en définitive, à son extermination matérielle que la qualification de génocide peut trouver à s'appliquer. Preuve en est que lorsque cet objectif ultime n'est pas vérifié, la jurisprudence refuse de reconnaître la constitution de l'infraction[430]. Ainsi, cette approche ne remet en aucun cas en cause la limitation du génocide aux entreprises visant à la destruction matérielle du groupe[431]. Elle signifie, simplement, qu'à défaut de constituer le but de l'entreprise génocide, la destruction culturelle du groupe peut être le moyen de son exécution.

143. Conclusion de la Section 1. – En somme, il apparaît que toutes les entreprises contextuelles tendent bien à réaliser un but déterminé, bien que les textes ne fassent pas toujours

---

[427] TPIY, jugement *Krstić*, préc., n°580. Confirmé par : TPIY, *Affaire le Procureur c. Krstić*, arrêt d'appel (IT-98-33-A), ch. d'appel, 19 av. 2004, n°25 (ci-après : « arrêt *Krstić* ») ; TPIY, jugement *Stakić,* préc., n°519 ; TPIY, jugement *Brđanin*, préc., n°694 ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Popović et consorts*, jugement (IT-05-88-T), ch. prem. inst. II, 10 juin 2010, n° 822 (ci-après : « jugement *Popović et consorts* »). Pour la jurisprudence du TPIR, v. TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°315 ; TPIR, jugement *Seromba*, préc., n°319. La CIJ s'est également prononcée en ce sens. V. Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, *C.I.J. Recueil* 2007, p. 185, n°344 : *« Bien qu'une telle destruction [la destruction du patrimoine historique, culturel et religieux] puisse être d'une extrême gravité, en ce qu'elle vise à éliminer toute trace de la présence culturelle ou religieuse d'un groupe, et puisse être contraire à d'autres normes juridiques, elle n'entre pas dans la catégorie des actes de génocide énumérés à l'article II de la Convention* ».

[428] TPIY, jugement *Krstić*, préc., n°574.

[429] TPIY, jugement *Blagojević et Jokić*, préc., n°666.

[430] V. par ex. TPIY, jugement *Popović et consorts*, préc., n° 854 où la qualification de génocide est écartée : « *La Chambre fait observer que l'Accusation ne parle pas des conséquences des meurtres commis sur la structure sociale de la communauté musulmane de Bosnie et n'est donc pas convaincue que les conditions qui ont été le fait du seul transfert forcé ont été délibérément imposées afin d'entraîner la destruction physique du groupe* » (nous soulignons).

[431] V. cependant, M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°375 qui retient une interprétation contraire.

expressément mention de cet élément. Plus encore, cette finalité objective marque une différence de nature entre les entreprises martiales et criminelles, derrière laquelle se profile un critère utile à la systématisation des situations contextuelles.

D'un côté, l'analyse des entreprises martiales montre que le recours à la force vise, en toutes circonstances, un objectif constant, soit la *soumission* d'une entité collective donnée. Cette similitude de but étaye la proximité conceptuelle de l'agression armée et du conflit armé et laisse comprendre que leur distinction s'opère, essentiellement, à la lumière de la qualité du groupe pris pour cible : si le groupe dont la soumission est recherchée consiste en un État, en tant qu'entité politique, la situation relève d'un acte d'agression ; s'il s'agit d'une entité sociale, la situation relève d'un conflit armé.

D'un autre côté, le but des entreprises criminelles a pu être défini, génériquement, comme *l'oppression* d'une collectivité. Cette visée trouve, néanmoins, différentes traductions selon la qualification considérée. Pour ce qui concerne le crime contre l'humanité, l'oppression du groupe peut, en réalité, revêtir n'importe quels caractères. En effet, la teneur du résultat projeté n'est pas déterminée, de sorte que tout type de système criminel, quel qu'en soit l'objet – la persécution, l'expulsion voire, l'extermination d'un groupe, par exemple – ou le motif, peut être saisi par cette qualification. À l'inverse, la finalité du génocide est strictement circonscrite : elle s'entend exclusivement de la destruction matérielle d'une entité humaine. Ainsi cette qualification couvre-t-elle les entreprises d'oppression les plus radicales qui soient.

On pourrait s'arrêter à cette classification typologique qui permet en elle-même de départager les différentes entreprises contextuelles et, ainsi, d'éclairer l'articulation des qualifications internationales. Mais on peut aussi chercher à développer l'analyse du but poursuivi, en procédant à l'appréciation de son illicéité.

Section 2. L'illicéité du but poursuivi

144. Illicéité formelle et illicéité matérielle. – L'appréciation de l'illicéité du but des entreprises contextuelles invite à s'interroger sur *la contrariété au Droit* des projets de soumission ou d'oppression respectivement poursuivis par les organisations martiales et criminelles. Toutefois, il existe différentes conceptions de l'illicéité pénale, si bien que quelques précisions s'imposent. La majorité des auteurs retient une approche formelle de la contrariété au Droit, en tant que violation de la loi[432]. Sous cet angle, l'illicéité renvoie à l'idée d'*illégalité*

[432] V. not. : B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, Précis, 26ème éd., n°99 ; F. DESPORTES et F. LE GUHENEC, *Droit pénal général*, Economica, 13ème éd., 2007, n°22 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°162 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 1988, n°186 ; O. DECIMA, S. DETRAZ et E. VERNY, *Droit pénal général*, L.G.D.J., 3ème éd., 2018, n°29.
Pour un exposé critique de cette conception formelle de l'illicéité pénale, comme simple violation de la loi, v. not. : G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, préf. J.-C. Saint-Pau, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 159, 2016, n°241-247. V. aussi la thèse de M. Lacaze, dont les réflexions sont guidées par l'adoption d'une conception matérielle de l'illicéité pénale, en tant qu'atteinte à un bien juridique protégé (bien juridico-

et son étude s'épuise dans le constat de l'existence d'un texte d'incrimination effectivement transgressé. Cette conception est toutefois dépassée par certains auteurs, qui affectent à l'illicéité une dimension matérielle, renvoyant à la transgression du système de valeurs sur lequel repose l'ordre social[433]. Plus qu'à l'idée d'illégalité, c'est à celle d'*injustice*[434] de l'infraction que renvoie cette approche de l'illicéité pénale. La doctrine s'est attachée à démontrer l'intérêt de cette conception axiologique de la contrariété au Droit et à mettre en lumière ses différentes expressions dans le système pénal interne[435]. Elle peut, de la même façon, être appliquée à la conceptualisation de l'infraction internationale, ce qui ouvrira une réflexion plus large sur la raison d'être de cette catégorie infractionnelle.

145. Double appréciation de l'illicéité matérielle. – À s'en tenir à cette conception matérielle de l'illicéité, c'est en définitive *l'injustice* du but des entreprises contextuelles qu'il convient de sonder, ce qui engage une double appréciation. La notion d'injustice présente, en effet, deux volets. Elle se conçoit, d'abord, de façon positive, comme l'atteinte d'un intérêt protégé[436]. Elle comprend, ensuite, un contenu négatif renvoyant à l'absence de justification de ladite atteinte[437]. Il faut donc appliquer ce jugement de valeur dual aux entreprises contextuelles, en cherchant à identifier, dans un premier temps, l'atteinte découlant du but qu'elles poursuivent (§1) avant d'envisager, dans un second temps, l'éventuelle justification de cette atteinte (§2).

---

pénal) : M. LACAZE, *Réflexion sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préf. A. d'Hauteville, LGDJ, fondation Varenne, coll. des thèses, 2011, v. spécif. n°435 et s.

[433] G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, *op. cit*., n°249.

[434] La notion d'« *antijuridicité* » est parfois utilisée à la place de celle d'injustice. L'idée désignée reste identique, en substance.

[435] V. G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, *op. cit*., pp. 251-264 qui démontre que la prise en compte de l'illicéité matérielle de l'acte commis se manifeste dans les opérations de caractérisation et de justification de l'infraction, mais qu'elle permet en outre d'expliquer certaines règles répressives particulières ainsi que les modalités de résolution des concours de qualification.

[436] Rares sont les auteurs affectant un contenu positif à l'injustice de l'infraction, la doctrine réduisant majoritairement cet élément à l'absence de fait justificatif (v. les auteurs cités dans la note de bas de page suivante). On peut toutefois en trouver des traces, implicites, dans la théorie de l'infraction développée par certains auteurs. Ainsi J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit*., p. 225, explique-t-il, par exemple, que toute incrimination procède de la nécessité de protéger un intérêt éminent. Cet intérêt pénalement protégé est ainsi présenté comme étant au fondement de l'infraction. Dans le même sens, v. également : Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 599, n°4. Chez d'autres auteurs, cette définition positive de l'injuste, en tant qu'atteinte à un intérêt protégé, est explicite : v. X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*. n°226 ou encore, du même auteur, « l'infraction juste », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 585 ; M. LACAZE, *Réflexion sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit*., n°551 et n°589 et s. ; G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, *op. cit*., n°276.

[437] J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit*., p. 225 ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°237 ; M. LACAZE, *Réflexion sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit*., n°551-588 ; G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, *op. cit*., n°276. *Adde* : R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 5ème éd., 1895, n°144 et s. ; R. VOUIN et J. LEAUTE, *Droit pénal général et criminologie*, PUF, coll. Thémis Droit, 1969, p. 147-148 ; R. VOUIN, *Manuel de droit criminel*, LGDJ, 1949, p. 149 ; P. SALVAGE, *Droit pénal général*, Presses Universitaires de Grenoble, 8ème éd., 2016, n°108 ; Ph. CONTE ET P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°241 ; A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 1971, p. 149 et s ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°210 ; F. DESPORTES et F. LE GUHENEC, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°430.

§1. Le contenu de l'atteinte portée au groupe ciblé

146. Composantes de l'atteinte illicite. – Dans son versant positif, l'illicéité matérielle – ou injustice – renvoie à l'existence d'une atteinte à un intérêt protégé. Pour en cerner pleinement la teneur, il faut donc à la fois identifier l'objet (A) et la nature (B) de l'atteinte recelée par le but des entreprises contextuelles.

A. L'objet de l'atteinte

147. Identification de l'intérêt protégé. – La doctrine convoque communément le concept de dignité humaine pour définir l'intérêt protégé par la notion d'infraction internationale par nature. Le consensus régnant en la matière peut conférer à cette définition la force de l'évidence. Pour autant, il apparaît, à l'analyse, que ce concept se prête mal à la qualification de l'atteinte dont sont porteurs les projets de soumission et d'oppression caractérisant les entreprises contextuelles. Aussi, plutôt que de raisonner en termes d'atteinte à la dignité humaine (1), on privilégiera une autre interprétation qui peut, certes, paraître plus simpliste à première vue, mais qui semble mieux correspondre à la physionomie des entreprises dans lesquelles s'insèrent les infractions internationales : on retiendra que celles-ci sont attentatoires à l'existence du groupe ciblé (2).

1- Le rejet d'une atteinte à la dignité humaine

148. Remise en cause de la conception doctrinale dominante. – La dignité humaine en appelle à l'essence de l'homme[438], ce qui la rend, par là même, résistante à toute forme de systématisation car ce qui fait que l'homme est homme échappe naturellement à toute démonstration ou définition[439]. Toutefois, bien qu'il ne parvienne pas à nommer, précisément, ce qu'il désigne, le concept de dignité reste assurément évocateur de la valeur suprême de l'homme, ce qui explique qu'il soit couramment mobilisé pour transcrire l'interdit fondateur de l'infraction internationale. La criminalité de masse évoque, en effet, l'existence de rapports

---

[438] D. CHAGNOLLAUD et G. DRAGO (Dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2010 – *v°* « *dignité* ». v. aussi, B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme » *D.* 1995, p. 235 qui énonce que la dignité constitue « *ce qui fait la substance même de la personne humaine* ». D'autres auteurs préfèrent définir la dignité humaine comme « *l'humanité de l'homme* » : B. EDELMAN, « la dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, p. 185, n°6 ; V. S. TITZIS, « les droits fondamentaux : de l'être-en-soi à l'être-en-relation », *Le défi des droits fondamentaux*, dir. J.-Y. Morin et G. Otis, Actes des deuxièmes journées scientifiques du réseau des droits fondamentaux de l'AUF, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 257. Pour une étude générale sur le concept de dignité et sa réception juridique, v. A. GOGORZA, « La dignité humaine », *Traité des droits de la personnalité*, dir. J.-C. Saint-Pau, Lexis Nexis, coll. Traités, 2013, pp. 93-186.

[439] M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 58, n° 1, 2007, p. 7 : « *La dignité de la personne humaine est en effet comme un axiome indémontrable et indérogeable, et sans doute même aussi indicible* ».

fratricides entre les peuples cristallisant la désunion de l'humanité, à rebours de l'idée d'égale appartenance au genre humain que véhicule le concept de dignité.

Aussi séduisante soit-elle, cette approche comprend certaines limites. D'une part, l'idée d'atteinte à la dignité paraît peu adaptée pour exprimer l'illicéité de l'entreprise d'agression armée qui vise, au premier plan, une entité politique, à savoir l'État (a). D'autre part, et plus largement, le concept de dignité humaine, par trop fuyant, ne permet pas de spécifier l'atteinte résultant des entreprises martiales et criminelles (b).

a- L'inadéquation avec l'agression armée

149. L'absence de lien apparent entre la criminalisation de l'agression armée et la protection de la dignité humaine. – Rapprocher la condamnation de l'agression armée de la nécessaire protection de la dignité humaine ne va pas forcément de soi. Au fil de cette étude, les caractéristiques de cette entreprise armée ont été dégagées et il est désormais acquis qu'elle s'entend d'un emploi de la force visant à asseoir la domination d'un État souverain sur un autre État. L'institution de l'État en victime de la conduite illicite réfute l'idée d'une prise en considération des intérêts de la personne humaine ; *a priori*, ce sont plutôt ceux d'entités politiques désincarnées qui sont en l'occurrence pris en compte.

150. Le crime d'agression, une infraction obstacle aux atteintes à la dignité humaine ?. – À rebours de ces considérations liminaires, d'aucuns affirment que « *[le crime d'agression] partage l'identité humaniste de sa catégorie juridique et lui fait apport de l'obligation de maintenir la paix mondiale. Cette norme de comportement est, pour le droit international pénal, une source d'inspiration complémentaire de la notion de dignité de la personne humaine* »[440]. Au soutien de cette conception, ces auteurs avancent que la répression de cette infraction procèderait d'une double raison d'être : préserver la paix, pour mieux prévenir, *in fine*, les violations systématiques du droit humanitaire que charrient les guerres d'agression. Le crime d'agression aurait, ainsi, une nature juridique duale : il constituerait à la fois une *infraction matérielle*[441], vouée à sanctionner la réalisation d'une atteinte effective à la

[440] A.-T. LEMASSON, « Le crime contre la paix ou crime d'agression : de la réactivation d'une infraction de droit international classique », *RSC* 2006, p. 275, n°20.

[441] En droit pénal, on parle d'infraction matérielle lorsque la constitution de l'infraction est subordonnée à la réalisation effective de l'atteinte à l'intérêt protégé. Pour prendre un exemple, l'article 221-1 du Code pénal français définit le meurtre comme « *le fait de donner volontairement la mort à autrui* ». L'atteinte à l'intérêt, en l'occurrence, la vie, est ainsi requise au titre de la consommation de l'infraction, ce qui lui confère la nature d'une infraction matérielle. A cette dernière notion, on oppose, classiquement, la notion d'infraction formelle, au regard de laquelle la réalisation effective du résultat n'est pas requise. En d'autres termes, la consommation de ces infractions intervient *en amont* de la survenance de l'atteinte à l'intérêt protégé. L'empoisonnement constitue un exemple d'infraction formelle : au sens de l'article 221-5 du Code pénal français, il consiste dans « *Le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort* ». On le voit, l'intérêt protégé est similaire à celui du meurtre. Il s'agit de la vie. Mais la lésion de cet intérêt n'est plus requise, s'agissant de l'empoisonnement : il suffit que l'action soit *de nature* à causer à cette atteinte, sans requérir qu'elle soit constatée. Sur la distinction des infractions matérielle et formelle, v. not. : R. MERLE et A. VITU, *Traité*

valeur protégée qu'est la paix, et une *infraction obstacle*[442], devant permettre d'empêcher la survenance d'atteintes à la dignité humaine[443].

151. Rejet de cette interprétation. – Plusieurs considérations peuvent néanmoins être opposées à cette conception. D'abord, s'il est exact, d'un point de vue factuel, que la réalisation d'une entreprise d'agression armée constitue bien souvent le prélude à la commission d'autres infractions internationales, cela n'implique pas, d'un point de vue juridique, que la fonction du crime d'agression soit de faire obstacle à ces évènements subséquents. Plus techniquement, ensuite, cette lecture de l'infraction réduit à peu de chose l'intérêt de son incrimination : indexée sur les autres crimes internationaux, le crime d'agression apparaît alors dépourvu de finalité propre. Il perdrait, également, de son utilité pratique, dans la mesure où le principe *non bis in idem* s'oppose, en théorie, à ce que plusieurs qualifications pénales puissent être cumulativement appliquées à un même fait infractionnel : on pourrait alors penser que la qualification de crime d'agression, en tant que qualification obstacle, devrait se trouver absorbée par la qualification qu'elle tend à empêcher, chaque fois qu'un autre crime international pourra être reproché à l'accusé[444]. Enfin, cette interprétation de l'infraction reste peu en accord avec la manière dont les tribunaux militaires internationaux ont pu appréhender

---

de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, *op. cit*., n°514 ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°321 et 322 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°191-192 ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°178-180.

[442] La notion d'infraction obstacle est à rapprocher de celle d'infraction formelle, puisqu'elle s'entend d'une infraction dont la constitution n'est pas subordonnée à la réalisation d'une atteinte effective à l'intérêt protégé. Elle s'en distingue, toutefois, par la distance plus prononcée qu'elle entretient avec la survenance d'un résultat dommageable : si l'infraction formelle se conçoit en lien avec une atteinte *précise*, que l'acte incriminé doit être *de nature* à engendrer (il faut donc un lien de causalité certain, même s'il n'a pas à être effectif), l'infraction obstacle incrimine un simple comportement dangereux, sans le rapprocher d'une atteinte particulière. Ainsi en va-t-il, par exemple, des infractions sanctionnant le fait d'acquérir, de détenir ou de céder certains matériels de guerre, armes ou munitions. Ce type de comportement est incriminé par ce qu'on pressent qu'il pourrait, éventuellement, en découler certaines atteintes, sans que celles-ci soient pour autant identifiées. Sur la notion d'infraction obstacle, v. not : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, *Droit pénal général*, *op. cit*, n°515 ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°181.

[443] A.-T. LEMASSON, « Le crime contre la paix ou crime d'agression : de la réactivation d'une infraction de droit international classique », *RSC* 2006, p. 275, n°25-27 ; A.-T. LEMASSON, P. TRUCHE et P. BOURETZ, « Justice internationale pénale (crimes) », *Rép. pén., Dalloz*, oct. 2019, n°157 ; D. ROETS, « crimes contre la paix et droits de l'homme », *Les droits de l'homme face à la guerre*, dir. J.-P. Marguénaud et. H. Pauliat, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 17. Certains auteurs vont jusqu'à réduire le crime d'agression à une infraction obstacle aux autres crimes internationaux : M. HOSSEINI NASSAB, *L'infraction obstacle en droit international pénal, innovation ou révélation ?* préf. J.-F. Roulot, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2019, pp. 193-194 et pp. 223-226.

[444] Telle est en tout cas l'interprétation découlant des règles applicables dans le droit pénal interne. Il est vrai que pour l'instant, la Cour pénale internationale n'appréhende pas de la même façon les concours de qualification, celle-ci admettant qu'elles puissent être cumulées, lorsque « *le comportement en cause [porte] clairement atteinte à deux dispositions distinctes du statut, dont chacune requiert la preuve d'un élément "nettement distinct" que ne requiert pas l'autre* » : CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1694 ; CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°748. Dans la mesure où la réalisation d'un acte d'agression constitue un élément contextuel du crime d'agression étranger aux autres infractions internationales, il y a lieu de croire qu'elle admettrait le cumul de ces qualifications, sans prendre en considération leurs finalités respectives. Sur les concours de qualifications en droit international pénal et leur résolution par la CPI, v. M. BARDET, « La résolution des concours de qualifications devant la Cour pénale internationale » in *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, dir. T. Herran, Paris, Pedone, 2020, pp. 165-180.

juridiquement l'infraction. Certes, ceux-ci ont insisté sur les dangers auxquels la guerre expose les populations. Pour autant, ces considérations sont demeurées étrangères à l'opération de qualification juridique des faits. Les juges ont exclusivement évoqué les *États* victimes des guerres d'agression conduites, sans jamais mentionner le sort des peuples en ressortissant[445]. En réalité, il semble que l'accent mis sur la souffrance des populations civiles n'était qu'un moyen, pour le tribunal, de stigmatiser les entreprises martiales conduites par les accusés et ce afin de renforcer la légitimité des poursuites engagées à leur encontre – légitimité qui se trouvait mise à mal par la faible assise juridique des infractions internationales à l'heure de l'ouverture des procès de l'après-guerre –.

152. Transition. – Ainsi, la corrélation établie entre l'incrimination de l'agression armée et la protection de la dignité humaine peine à convaincre. En réalité, cette conception semble trahir une certaine volonté d'affermir la filiation du crime d'agression avec les autres infractions internationales, en partant du postulat que ces dernières ont vocation à préserver la dignité humaine. Or, cette approche peut être remise en question.

b- L'insuffisance expressive du concept de dignité humaine

153. Application courante du concept de dignité à la définition de l'atteinte illicite. – Eu égard à la nature des entreprises dont elles procèdent, les infractions de crime de guerre, crime contre l'humanité et de génocide sont couramment présentées comme la négation même de la dignité humaine[446]. Cela se comprend : alors que ce concept cristallise la valeur suprême

---

[445] V. *supra*, n°32-33.

[446] On pourrait citer une infinité de sources, mais on se contentera d'en référencer quelques-unes seulement. Pour une approche générale des crimes internationaux, en tant qu'atteinte à la dignité, v. not. A.-T. LEMASSON, P. TRUCHE et P. BOURETZ, *Rép. pén., Dalloz,* « Justice internationale pénale (crimes) », préc., n°3. S'agissant particulièrement du crime de guerre, v. not : I. FOUCHARD, *Crimes internationaux, entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 299-300 ; Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit*., p. 71 ; C. LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, LGDJ, Bibliothèque de droit international et de droit de l'union européenne, t. 127, 2012, n°107 et s. ; v. aussi, les décisions suivantes dans laquelle il est énoncé que le droit international humanitaire protège la dignité humaine : TPIY, *Affaire le Procureur c. Furundžija*, jugement (IT-95-17/1), ch. pr. inst., 10 déc. 1998, n°162 (ci-après : « jugement *Furundžija* ») ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Aleksovski*, jugement (IT-95-14/1-T), ch. prem. inst., 25 juin 1999, n°54 (Ci-après : « jugement *Aleksovski* ») ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Delalić, Mucić, Delić et Landžo*, *affaire du camp de Čelebići* (IT-96-21-1), ch. prem. inst., 20 fév. 2001, n°149 (Ci-après : « arrêt *Delalić* et consorts »).
Pour le crime contre l'humanité et, par extension, le génocide, v. not. : Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, préc., p. 71 et s. ; P. TRUCHE, « La notion de crime contre l'humanité », *Esprit*, n°181, 1992, n°181 ; S. RIALS, D. ALLAND (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003 – *v°* « *Crime contre l'humanité* » ; M. MASSE, « Le crime contre l'humanité dans le droit », *Juger les crimes contre l'humanité 20 ans après le procès Barbie*, dir. P. Truche, ENS éditions, 2009 p. 68. D'autres auteurs préfèrent parler d'atteinte à la « *personne humaine* » (E. ARONEANU, *Le crime contre l'humanité*, Paris, Dalloz, 1961, p. 49, note 1) ou encore d'atteinte à la « *condition humaine* » (J. GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité », préc., p. 545) plutôt que de raisonner autour de la notion de dignité humaine, mais l'idée défendue reste substantiellement la même. L'idée est également été affirmé dans des rapports internationaux, v. not. : *Ann. CDI*, 1989, Vol. II (2), p. 64, n° 153 ; AGNU, *Premier rapport sur les crimes contre l'humanité*, Doc. Off. NU n°A/CN.4/680, 17 fév. 2015, n°27 mais aussi par la jurisprudence pénale internationale, par exemple dans : TPIY, Jugement *Kupreškić,* préc., n° 547. Elle ressort

de la personne humaine, ces entreprises visent, au contraire, à son déclassement. En incitant à l'avilissement, à l'exclusion voire, dans les cas les plus extrêmes, à l'anéantissement d'une collectivité humaine, celles-ci porteraient atteinte à l'« *irréductible humain* »[447] et ce, à deux égards : en niant, d'une part, la *singularité de chaque homme, comme être unique* (les victimes sont réduites à une figure anonyme, disparaissant derrière l'écran du groupe indésirable) et en niant, d'autre part, *l'égale appartenance de chaque homme à l'humanité*, comme être social (la désignation hostile du groupe s'accompagne de la mise à disposition des garanties fondamentales qu'implique l'humanité de ses membres ; les victimes sont réifiées, dépossédées de leurs droits et libertés élémentaires)[448]. Pour aussi courante qu'elle soit, cette esquisse de l'intérêt protégé par les infractions internationales, à partir du concept de dignité, peut être discutée car elle semble à la fois trop étroite et trop imprécise.

154. Inadaptation du concept de dignité à exprimer la titularité de l'intérêt pénalement protégé. – D'un côté, le concept de dignité apparaît trop étroit, car il place immanquablement l'accent sur l'homme, en tant qu'individu. L'impératif catégorique que Kant identifie, à partir de la nature commune des hommes – « *chacun ne doit jamais se traiter soi-même et traiter tous les autres simplement comme des moyens, mais toujours en même temps comme des fins en soi* »[449] – le laisse paraître : le principe de dignité est rivé à la personne humaine. En cela, il est inapte à exprimer pleinement l'essence des processus couverts par la catégorie des infractions internationales parce qu'il ne transcrit pas la qualité collective de la victime visée. Il est d'ailleurs notable que le Préambule du statut de Rome ne fait aucune allusion à la dignité humaine, contrairement aux instruments fondateurs du droit international des droits de l'homme qui lui accordent une place essentielle[450]. Certes, il est évident que le groupe stigmatisé ne peut être autrement atteint qu'à travers les personnes qui le représentent. Mais la lésion de ces individus n'est jamais qu'une modalité d'exécution de ces entreprises dont

---

enfin, de certaines opinions individuelles présentées par les juges des TPI, notamment celle (conjointe) des juges Mcdonald et Vorah, annexée à la décision TPIY, affaire *Erdemović*, arrêt d'appel, ch. d'appel., 7 oct. 1997, n° 21: « *Les crimes contre l'humanité sont des crimes particulièrement haïssables et, de surcroît, font partie d'une pratique ou d'une politique systématique et généralisée. En raison de leur ampleur et de leur caractère odieux, ils constituent de graves attaques contre la dignité humaine, contre la notion même d'humanité* ».

[447] M. DELMAS MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 257 et p. 271 et s. v. aussi : M. DELMAS MARTY M. DELMAS-MARTY, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », *RSC* 1994, p. 477.

[448] V. l'article de M. DELMAS MARTY M. DELMAS-MARTY, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », préc., p. 489 qui axiomatise l'« *irréductible humain* », siège de l'humanité de l'homme, autour d'une double référence à « *la singularité de chaque homme comme être unique et son égale appartenance à la communauté humaine comme être social* ».

[449] E. KANT, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, Le livre de Poche, Classiques de la philosophie, 2012, p. 111 (1ère éd. 1785).

[450] La dignité est proclamée dans le préambule de divers instruments internationaux, parmi lesquels on peut citer la Charte de l'organisation des Nations Unies du 26 juin 1945, la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 (Préambule) ou encore le Pacte international relatif aux droits civils et politique du 16 décembre 1966. De nombreuses autres Conventions ou déclarations pourraient être évoquées, mais on se contentera de celles susmentionnées. Pour d'autres références sur ce point, v. P. CASSIA, *Dignité(s)*, Dalloz, coll. les sens du droit, 2016, pp. 67-74.

l'objet fondamental reste l'annihilation d'une collectivité. En rapprochant ainsi l'atteinte illicite des intérêts de la personne humaine, le concept de dignité tend à occulter cette spécificité essentielle des entreprises contextuelles.

Pour dépasser cette difficulté, il faudrait pouvoir dégager une conception collective de la dignité[451], afin de marquer la qualité particulière de la victime ciblée par les entreprises martiales et criminelles. La recherche d'un fondement collectif aboutit, parfois, à ce que les crimes internationaux – particulièrement le crime contre l'humanité et le génocide – soient conceptualisés comme des infractions portant atteinte à *l'Humanité*, au sens où en atteignant l'homme, dans ce qui lui est le plus essentiel, à savoir sa dignité, les crimes internationaux viendraient en définitive léser l'ensemble du genre humain[452]. Mais réfléchir en termes d'atteinte à l'Humanité n'est guère plus convaincant que de raisonner en termes d'atteinte à la dignité. Si elle confère à l'atteinte illicite une certaine résonnance collective, l'invocation de l'Humanité ne fait que voiler, sans le résoudre, le problème posé par la dignité humaine. En effet, le concept invoqué est cette fois-ci trop large : il ne permet pas d'exposer que les entreprises contextuelles mettent en péril des communautés *circonscrites*, puisqu'il en appelle, finalement, aux intérêts de l'ensemble de la communauté internationale. L'universalisme n'est donc pas plus précis que l'individualisme ; il comprend les mêmes écueils. En réalité, seule une interprétation communautaire de la dignité humaine, à mi-chemin entre individualisme et universalisme, pourrait convenir, mais celle-ci ne semble guère fertile : l'un des rares auteurs à s'être penché sur l'idée d'une dignité collective rejette formellement cette approche, selon lui incompatible avec la conception contemporaine de l'humanisme[453].

---

[451] M. DELMAS-MARTY, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », préc., p. 489, qu' « *avec le crime contre l'"humanité", apparaît l'idée d'un fondement collectif* » (à la dignité humaine). Dans le même ordre d'idée, v. J. DANLOS, *De l'idée de crimes contre l'humanité en droit international*, Thèse de Philosophie, Université de Caen, 2010, p. 520 « *Les crimes contre l'humanité ne portent pas seulement atteinte à la dignité individuelle d'une multitude d'êtres humains considérés comme collectivement nuisibles, ils attentent à la dignité collective d'une certaine engeance d'hommes, autrement dit à la prétention d'un groupe humain à incarner l'humanité comme il l'entend* ». Ces remarques pouvant être étendues à l'ensemble des crimes internationaux.

[452] On peut ici évoquer la célèbre déclaration du Procureur général américain Robert Jackson, à la première audience des procès de Nuremberg : « *La véritable partie plaignante à votre barre est la civilisation* ». Ce raisonnement a par ailleurs été tenu par les juges internationaux eux-mêmes, et notamment par ceux du TPIY, relativement au crime contre l'humanité. Il a été affirmé que « *Les crimes contre l'humanité transcendent aussi l'individu puisqu'en attaquant l'homme, est visée, est niée, l'Humanité. C'est l'identité de la victime, l'Humanité, qui marque d'ailleurs la spécificité du crime contre l'humanité* » : TPIY, *Affaire le Procureur c. Erdemović*, jugement (IT-96-22-T), ch. prem. inst., 29 nov. 1996, n°28 (Ci-après : « jugement *Erdemović* »). V. aussi : C. LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, *op. cit*., n°184 et s. ; C. SEVELY, « Réflexions sur l'inhumain et le droit – Le droit en quête d'humanité », *RSC* 2005, p. 483 ; P. MARTENS, « l'Humanité comme sujet de droit », Le droit saisi par le collectif, dir. T. Berns, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 224-225, pour qui l'humanité amène une « *simplification de la notion individualise de l'homme et ne rompt pas avec celle-ci ; elle y ajoute une dimension collective qui l'étend sans la contredire* ». Pour davantage de développements sur ce point et pour une approche critique de l'idée selon laquelle l'Humanité constituerait l'intérêt protégé par le crime contre l'humanité et le génocide, v. M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°44-55.

[453] J. DANLOS, *De l'idée de crimes contre l'humanité en droit international*, *op. cit*. p. 499.

155. Inadaptation du concept de dignité à exprimer la substance de l'intérêt protégé. – D'un autre côté, le concept de dignité humaine est trop imprécis pour assurer la circonscription claire et effective de l'intérêt pénalement protégé par l'infraction internationale par nature. En ce qu'il exprime une valeur « *indicible* »[454], ce concept se révèle extrêmement malléable et se prête, en conséquence, à des utilisations variées. En effet, pour qui considère que la dignité humaine constitue un « *principe matriciel* »[455] duquel découle l'ensemble des droits fondamentaux, le concept devient alors le réceptacle de valeurs multiples et multiformes : toute forme d'atteinte au noyau dur des droits de l'homme peut être conçue, par extension, comme une violation de la dignité humaine. À s'en tenir à une approche davantage normative[456], on peut ainsi relever que le Chapitre V du Code pénal français relatif aux atteintes à la dignité de la personne répertorie dix catégories d'infractions, bien différentes : la traite des êtres humains[457], la dissimulation forcée du visage[458], le proxénétisme[459] ainsi que le recours à la prostitution[460], l'exploitation de la mendicité[461] et de la vente à la sauvette[462], les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, le travail forcé et la réduction en servitude[463], le bizutage[464] et enfin, les atteintes au respect dû aux morts[465]. À la lumière de cette énumération[466], il apparaît un certain éclatement du concept de dignité[467], lequel se révèle, dans ces conditions, impropre à exprimer un intérêt unitaire. Plus encore, il en ressort que la dignité humaine fait déjà figure d'intérêt protégé dans le droit pénal interne, ce qui montre que ce concept est insusceptible de démarquer l'illicéité pénale internationale[468]. Une autre donnée en rend compte. Certains actes sous-jacents des crimes internationaux sont proprement définis

---

[454] M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », préc., p. 7.
[455] B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, p. 211. *Adde* : J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 7ème éd., 2017, n°1.
[456] Quoique le plan du Code n'ait pas de réelle valeur normative, mais simplement une valeur informative.
[457] C. pén., art. 225-4-1 à 225-4-9.
[458] C. pén., art. 225-4-10.
[459] C. pén., art. 225-5 à 225-12.
[460] C. pén., art. 225-12-1 à 225-12-4 .
[461] C. pén., art. 225-12-5 à 225-12-7.
[462] C. pén., art. 225-12-8 à 225-12-10.
[463] C. pén., art. 225-13 à 225-5-15.
[464] C. pén., art. 225-16-1 à 225-16-3.
[465] C. pén., art. 225-17 à 225-5-18-1.
[466] Le même constat peut être opéré à l'examen de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000. Dans son premier Chapitre, consacré à la dignité humaine, sont regroupé un ensemble de droits divers, en nature, tels le droit à la vie, le droit à l'intégrité de la personne, et visés certaines interdictions d'un autre ordre, telles l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants et l'interdiction de l'esclavage ou du travail forcé.
[467] A ce sujet, v. A. GOGORZA, « La dignité humaine », préc., n°180.
[468] *Comp.* : A. GARAPON, « De Nuremberg au TPI : naissance d'une justice universelle ? », *Critique internationale*, vol. 5., 1999, p. 172 qui, raisonnant sur le crime contre l'humanité, fait remarquer que : « *Se limiter à la négation de l'humanité fragilise la notion de crime contre l'humanité en l'exposant à deux types de critiques : comment définir l'humanité ? Comment trouver un critère qui permette de le distinguer de la violence de droit commun ? N'est-ce pas, en effet, la caractéristique de tout crime, qu'il soit de droit commun ou politique, de nier l'humanité de l'autre ?* ».

comme des atteintes à la dignité humaine[469]. Or, il est acquis que ces comportements sont insusceptibles, à eux seuls, de constituer une infraction internationale : il faut en effet pour cela, démontrer qu'ils participaient de la réalisation de l'entreprise d'ensemble. C'est ainsi montrer que les crimes internationaux répriment quelque chose de plus qu'une lésion de la dignité humaine, sans quoi une telle atteinte consommerait, par elle-même, ces infractions.

156. Bilan. – En somme, raisonner en termes d'atteinte à la dignité humaine n'apparaît pas concluant. Le concept permet, il est vrai, d'insister sur la révulsion qu'inspirent les entreprises martiales et criminelles, la dignité humaine constituant une valeur fondamentale de la civilisation. Or, telle est, peut-être, la source même du problème : à inscrire la réprobation suscitée par ces processus dans le registre de l'éthique et des valeurs morales, on perd de vue l'objet premier de ces entreprises, au risque de diluer leur spécificité. En effet, à en revenir à l'essence des situations considérées, il apparaît que le processus de déshumanisation est secondaire, non pas en termes de gravité – nul ne saurait nier l'importance des souffrances auxquelles les hommes se trouvent, en conséquence, exposés –, mais au regard de la rationalité de ces entreprises. Avant tout, celles-ci tendent à neutraliser une collectivité déterminée et c'est, en réalité, cette négation originelle du groupe qui ôte aux hommes, en aval, la possibilité d'incarner librement leur humanité.

Il reste, alors, à systématiser cette atteinte première, l'atteinte au groupe, au regard de l'intérêt qu'elle compromet. Plusieurs qualifications pourraient, sans aucun doute, être envisagées, cette démarche comprenant une part irréductible de subjectivité. Pour notre part, nous proposons, compte tenu du but caractérisant ces entreprises, de raisonner en termes d'atteinte à l'existence du groupe.

2- Une atteinte à l'existence du groupe ciblé

157. Dissipation de la réalité du groupe ciblé. – Le concept d'existence n'est pas foncièrement plus facile à définir que celui de dignité. Dans le langage courant, il est bien souvent employé comme synonyme du terme « être »[470], ce qui n'est guère éclairant puisque ce dernier mot peut être l'objet de multiples acceptions. Par son emploi, on peut, en effet, aussi bien désigner un individu[471], qu'un état biologique – le fait de vivre – voire un certain mode de réalisation personnel, ce qui renvoie, alors, plutôt à une situation au sein de la société[472]. La philosophie opère, à cet égard, une distinction utile. Sans entrer dans les détails de ces concepts qui ont retenu – et retiennent encore – des générations de chercheurs, on peut relever que la

[469] V. par ex. les incriminations prévues aux articles 8 al. 2, b, xxi) et 8 al. 2, c, ii) du Statut de Rome.
[470] V. par ex. *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert éd. 2015 où le terme existence est en premier lieu défini comme « *le fait d'être ou d'exister, abstraction faite de ce qui est* » et où il est renvoyé au verbe « être ».
[471] *Le Petit Robert de la langue française*, éd. 2015, – v° « *être* ».
[472] *Ibid*.

question de l'être est traitée à la lumière d'une opposition entre essence et existence[473]. La première de ces idées, l'essence, en appelle à une nature idéale, au fond de l'être, à « *ce qui fait qu'il est ce qu'il est* »[474]. L'existence, quant à elle, évoque un « *le surgissement dans le réel de l'objet imaginé avec toutes ses propriétés* »[475], soit une projection de l'être, dans la réalité.

158. Dissipation de la réalité du groupe ciblé. – Si le concept d'existence paraît se prêter à la définition de l'intérêt, c'est parce que les entreprises considérées portent, justement, à effacer la réalité d'une collectivité donnée, au sein d'une communauté plus vaste. Celles-ci peuvent bien viser différents objectifs ; on l'a vu, il s'agit, tantôt, de soumettre un groupe, tantôt, de l'opprimer. De même, elles peuvent bien être inspirées de motifs variables. Dans certains cas, l'atteinte du groupe est purement utilitaire, en ce sens qu'elle sert l'accomplissement d'une ambition annexe – par exemple, la conservation d'un pouvoir politique –. Dans d'autres, l'attaque peut découler d'un rejet plus fondamental de la collectivité désignée : le groupe est alors atteint pour ce qu'il est, si bien que la cause du processus se confond, en définitive, avec sa finalité : il s'agit de détruire l'altérité. Toujours est-il que la logique sous-tendant ces processus est toujours la même : ces entreprises surviennent lorsqu'un groupe décide qu'un autre groupe doit disparaître de la société.

159. Dissipation de la réalité du groupe par la suppression de son incarnation. – Cette idée se vérifie de la façon la plus éclatante qui soit lorsque l'entreprise tend à l'anéantissement matériel d'une collectivité. Dans ce cas, la dissipation de la réalité du groupe est recherchée à travers l'élimination de sa personnification même, c'est-à-dire par l'élimination des individus qui l'incarnent.

Le processus génocidaire en fournit un exemple symptomatique, puisque son but consiste, précisément, dans la destruction physique ou biologique d'une communauté particulière[476]. Les Nations Unies ont, d'ailleurs, très clairement formulé cette idée en déclarant, dans la résolution afférente, que « *[l]e génocide est le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers* »[477]. Mais la dynamique du conflit armé vérifie également cette proposition, puisque l'objectif de soumission militaire recherché trouve son pendant matériel dans l'anéantissement des individus incarnant les forces ennemies[478]. Enfin, l'entreprise criminelle contre l'humanité peut également répondre de cette rationalité, si l'organisation à l'œuvre promeut l'extermination d'une population civile. Simplement, cette ligne d'action n'est pas caractéristique de ce type de processus, dans la mesure où la visée oppressive peut se déployer

[473] *Ibid*.
[474] F. ARMENGAUD, « Essence, *philosophie », Encyclopædia Universalis*.
[475] P. GRANAROLO, « Existence, philosophie (notions de base) », *Encyclopædia Universalis*.
[476] V. *supra*, n°138.
[477] AGNU, *Le crime de génocide*, Résolution n°96(1), 11 déc. 1946, Préambule.
[478] V. *supra*, n°121.

dans une infinité de projets criminels différents, allant de la destruction à la persécution d'un groupe[479].

160. Atteinte à l'existence du groupe par la négation de sa représentation. – Dans ce dernier cas, c'est-à-dire si l'entreprise criminelle projette un résultat autre que la stricte et radicale élimination matérielle du groupe ciblé, il n'en demeure pas moins possible de considérer que l'action collective est illicite car elle compromet l'existence du groupe. Seulement, cet intérêt protégé est alors à concevoir sur un plan davantage idéal que matériel : moins que l'incarnation du groupe, c'est en effet sa représentation qui est visée.

Par exemple, si l'on considère les politiques criminelles contre l'humanité promouvant un objectif de purification ethnique ou d'assimilation culturelle, le résultat visé s'entend bien de la disparition de la collectivité réputée indésirable. La particularité de la situation est cependant que ce processus passe par la dissipation de l'identité sociale du groupe, qu'il s'agisse d'effacer ses caractéristiques socio-culturelles (politique d'assimilation ethnique) ou d'expulser du territoire les individus porteurs de telles caractéristiques (politique d'épuration ethnique). De la même façon, les politiques portant au déclassement citoyen d'une certaine frange de la population (l'apartheid ou les persécutions, *lato sensu*) manifestent une négation de la réalité humaine du groupe victime : les individus qui en sont membres sont mis au ban, exclus de toute structure politique et, par là même, soustraits à toute représentation au sein de la société[480].

Enfin, cette idée d'atteinte à l'existence du groupe, par la suppression de sa représentation, peut parfaitement être appliquée à la conceptualisation de l'illicéité de l'agression armée. La perte de souveraineté étatique, induite par la subjugation recherchée par l'agresseur[481], emporte en effet la disparition de l'État au sens où celui-ci se verrait, en conséquence, privé de sa personnalité juridique internationale[482]. En d'autres termes, il cesserait d'exister, *en tant qu'État*, dans la société internationale, quand bien même sa population ou son territoire national seraient conservés, au plan matériel. L'agression armée peut donc pareillement être conçue comme la négation du droit à l'existence d'un groupe, en l'occurrence l'État. La doctrine conforte au demeurant cette idée, plusieurs auteurs ayant raisonné dans les

---

[479] V. *supra*, n°130.

[480] On peut, ici, faire un parallèle avec la pensée d'Hannah Arendt. Dans son ouvrage sur les origines du totalitarisme, elle développe l'idée selon laquelle ce n'est pas la perte de certains droits fondamentaux spécifiques, mais la perte de toute structure politique, découlant de la privation du droit d'appartenir à une certaine communauté organisée, qui exclut les hommes de l'humanité. Elle soutient, ainsi que « *l'homme, on le voit, peut perdre tous ses fameux droits sans abandonner pour autant sa qualité essentielle d'homme, sa dignité humaine. Seule la perte de toute structure politique l'exclut de l'humanité* » : v. H. ARENDT, *Les origines du totalitarisme, Eichmann à Jérusalem*, Paris, Gallimard, Quarto, 2002, p. 600 (et v. plus largement, pp. 591-606).

[481] V. *supra*, n°118.

[482] La souveraineté conditionne la personnalité juridique internationale : ces deux attributs consubstantiels sont déterminant de l'existence de l'État, dans l'ordre juridique international : « *pas d'Etat souverain sans personnalité juridique internationale* » expliquent, ainsi, s. P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, *op. cit.*, n°79.

mêmes termes pour qualifier l'intérêt protégé par l'incrimination du recours à la force dans les relations internationales : « *Naturellement, c'est l'"existence de l'État", entendue au sens large, qui forme l'objet de la protection pénale* »[483] a pu ainsi affirmer Vespasian Pella.

161. Bilan sur l'intérêt protégé. – En somme, si chaque type d'entreprise présente des particularités propres, il se profile néanmoins une rationalité qui leur est commune et dont on peut inférer un intérêt protégé unitaire : l'existence du groupe ciblé. Cette définition présente plusieurs avantages. D'un côté, elle apparaît suffisamment souple pour embrasser les différentes expressions de la disparition du groupe recherchée par les organisations martiales et criminelles. D'un autre côté, elle apparaît suffisamment stricte pour assurer la spécification des entreprises considérées et, ainsi, éviter une dilution de la notion d'infraction internationale par nature. Par rapport à l'idée d'atteinte à la dignité humaine, celle d'atteinte à l'existence du groupe permet, en effet, de tracer une ligne de partage nette entre les crimes relevant de l'ordre interne et ceux relevant de l'ordre international, sans pour autant minimiser la gravité des entreprises en cause. Au contraire, on comprend alors que l'infraction internationale ne sanctionne pas, « simplement », un traitement de l'homme contraire à sa dignité mais bien la compromission de la conservation de certaines collectivités entières.

En conclusion, on peut donc établir que l'illicéité pénale internationale est fondée dans l'atteinte à l'existence du groupe que recèle l'entreprise contextuelle. Mais il reste, encore, à déterminer la nature de cette atteinte.

B. La nature de l'atteinte

162. Lésion effective ou menace pour l'existence du groupe ? – L'illicéité pénale est graduée selon deux types d'atteintes : celle-ci peut consister dans la *lésion effective* de l'intérêt protégé ou dans sa simple *mise en danger*[484]. S'interroger sur la nature de l'atteinte portée au groupe ciblé invite donc à apprécier la portée des entreprises martiales et criminelles afin de

---

[483] V. PELLA, « La répression des crimes contre la personnalité de l'État », *RCADI*, vol. 033, 1930, p. 710-711. V. aussi : M. SIBERT, *Traité de droit international public*, t. 1, 1951, p. 230 ; C. CHAUMONT, « Recherches du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 143.

[484] Cette gradation de l'atteinte renvoie à la notion théorique de *résultat pénal*, à laquelle on recourt pour désigner le seuil de consommation d'un acte infractionnel donné : celui-ci peut, selon le choix du législateur, être situé au moment de la réalisation effective de l'atteinte à l'intérêt protégé (l'infraction est alors dite matérielle) ou en amont de la survenance de cette atteinte (l'infraction est alors dite formelle), v. *supra*, n.b.p. n°441. Sur ce point, v. X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°178 ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°318 et 319 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°191.
L'application de cette grille de lecture à l'élément contextuel de l'infraction internationale peut perturber, dans la mesure où *l'infraction* consiste, dans le comportement individuel incriminé : *a priori*, le résultat pénal devrait donc être déterminé au regard du stade de consommation du crime sous-jacent. Cela étant, l'illicéité pénale internationale a pour socle l'entreprise contextuelle et, précisément, l'atteinte que recèle le but qu'elle tend à concrétiser. C'est pourquoi la graduation de l'illicite, autour de la lésion ou la menace de l'intérêt protégé, doit en l'occurrence être conçue en lien avec l'entreprise d'ensemble. V. à cet égard, les développements qui suivront *infra*, n°167.

déterminer si l'existence du groupe doit être pleinement annihilée ou simplement menacée pour que les situations contextuelles tombent sous le coup du droit international pénal.

163. L'agression armée. – Concernant, en premier lieu, l'agression armée, les juges des TMI n'ont jamais subordonné la qualification du crime contre la paix à la concrétisation des projets de dominations étatiques poursuivis par les gouvernements criminels en cause. Toutes les guerres conduites à cette fin ont été considérées comme agressives, alors même que ne s'en était pas toujours suivie la subjugation de l'État visé[485]. La définition légale du crime d'agression est dans le même sens. Le Statut de Rome définit le contexte de cette infraction comme « *l'emploi, par un État, de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État* »[486]. La préposition « contre » employée suggère que la contrainte étatique doit viser les éléments constitutifs de l'État, mais n'exige pas que la dissipation de ces éléments soit consommée de telle sorte que l'entité politique cesse d'exister au sein de l'ordre international. Le libellé du texte signale, plutôt, qu'une entreprise d'agression peut être constatée dès le moment où la force armée est employée[487]. Les conduites étatiques visées à titre sous-jacent le confirment. Certes, plusieurs d'entre elles induisent une destitution de l'État souverain. L'annexion du territoire étatique[488] fournit un exemple, en ce sens que tout État privé de sa composante territoriale cesse nécessairement d'exister. Il reste que cette hypothèse est purement illustrative. Les autres actions évoquées montrent, en effet, que l'agression peut parfaitement être qualifiée à un stade antérieur, notamment dès la simple attaque du territoire national[489]. Ainsi, il n'est pas nécessaire d'attendre que l'État ciblé soit totalement dépossédé de l'un de ses attributs souverains pour conclure à un acte d'agression. L'entreprise armée tombe sous le coup de l'application du droit international pénal dès qu'elle est mise en œuvre, indépendamment de la concrétisation de l'atteinte à l'existence de l'État ciblé.

164. Le conflit armé. – En ce qui concerne, en deuxième lieu, le conflit armé, il apparaît également que l'atteinte à l'existence du groupe ciblé n'a pas à être effective. En effet, la jurisprudence pénale internationale retient que cette situation contextuelle peut être qualifiée « *à 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*

[485] Dans certains cas, l'entreprise d'agression nazie s'est effectivement soldée par l'annexion pleine et entière de l'État visé, tel que ce fut le cas pour l'Autriche. Mais bon nombre d'agression ont été établie alors même que l'État visé n'a pas fini par être incorporé au Reich allemand.
[486] Art. 8 *bis* al. 2 du Statut de Rome.
[487] Étant entendu que l'acte d'agression doit toutefois être d'une *nature, d'une gravité et d'une ampleur* établissant une violation manifeste de la Charte des Nations Unies pour que ses responsables puissent être poursuivis pénalement. V. art 8 *bis* al. 1 du Statut de Rome
[488] Art. 8 *bis* al. 2, a) du Statut de Rome.
[489] L'article 8 *bis* al. 2, a) du Statut de Rome vise, au même titre, « *l'annexion par la force de la totalité ou d'une partie du territoire d'un autre État* » et « *l'invasion ou l'attaque par les forces armées d'un État du territoire d'un autre État ou l'occupation militaire, même temporaire, résultant d'une telle invasion ou d'une telle attaque* ».

d'un État »[490]. À cet égard, le droit international pénal a vocation à intervenir dès les premières formes d'hostilités matérielles, sans considération pour leur issue. Mais cela ressort encore plus clairement de la déclaration selon laquelle « *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* »[491]. Ainsi, il ne fait aucun doute que la réalisation de l'objet de l'entreprise martiale, à savoir la soumission militaire du ou des groupe(s) adverse (s), n'a pas à être concrétisée pour que la situation contextuelle soit établie.

165. L'entreprise criminelle contre l'humanité. – S'agissant en troisième lieu du crime contre l'humanité, l'infraction était à l'origine définie comme « *l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux* »[492]. L'usage du verbe « commettre », associé à l'institution de la population civile en victime directe des comportements énumérés pouvait laisser croire que l'oppression de la population visée devait être pleinement réalisée pour que cette qualification puisse s'appliquer. Il s'agit, toutefois, d'une maladresse rédactionnelle, découlant de l'absence de dissociation des éléments contextuel et sous-jacent de l'infraction. En réalité, il n'a jamais été question de subordonner la constitution de l'infraction à la complétion de la politique criminelle poursuivie. Les textes d'incrimination postérieurs le laissent d'ailleurs constater. Ils établissent qu'il suffit que l'attaque ait été « *dirigée* »[493] ou « *lancée* »[494] contre la population civile pour que la situation contextuelle soit caractérisée, ce qui montre bien que l'entreprise criminelle doit simplement être entrée en phase d'exécution, peu important que le processus d'oppression ait été mené à bien par le système criminel[495].

166. L'entreprise génocidaire. – La même conclusion s'impose, en quatrième lieu, relativement au génocide. La destruction du groupe protégé est appréhendée comme un projet dont la réalisation matérielle n'est aucunement exigée par le texte : il suffit que les auteurs aient agi dans l'intention de détruire la collectivité[496]. Il n'est donc pas nécessaire que le groupe

---

[490] TPIY, arrêt *Tadić* relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence, préc., n°70.
[491] *Ibid*.
[492] Art. 6 al. c) du Statut du TMI de Nuremberg. V. aussi : art. 5 al. c) du Statut du TMI de Nuremberg.
[493] Art. 3 du Statut du TPIR et art. 5 du Statut du TPIY. A cet égard, v. TPIY, jugement *Blaskić*, préc., n°208, n.b.p. n°401: « *Le terme "dirigé" indique que les rédacteurs du Statut semblent avoir accordé plus d' importance à l'intention de l'agent – responsable de l'attaque massive ou systématique –, qu'au résultat concret de cette attaque* ».
[494] Art. 7 al. 1 du Statut de Rome.
[495] En ce sens , v. not. : Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit*., p. 278.
[496] Le texte d'incrimination expose, précisément, qu'« *on entend par crime de génocide l'un quelconque des actes ci-après commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel* » (nous soulignons). V. art. 6 du Statut de Rome.

national, ethnique, racial ou religieux pris pour cible ait été effectivement anéanti pour conclure à l'existence d'un génocide[497].

167. Suffisance d'une menace pour l'existence du groupe ciblé. – De ce qui précède, il ressort que la qualification des différentes situations contextuelles n'est jamais tributaire de la concrétisation du but poursuivi par l'entreprise martiale ou criminelle. Le droit international pénal intervient dès que le projet de soumission ou d'oppression est mis en œuvre, sans attendre que le péril qu'il fait peser sur l'existence du groupe ciblé soit pleinement réalisé. Il peut donc être établi que l'atteinte caractérisant ces entreprises, dans laquelle est fondée l'illicéité pénale internationale, s'entend non pas d'une lésion mais d'une menace pour l'intérêt protégé.

Cette constatation appelle une remarque générale sur la nature juridique de l'infraction internationale par nature. En droit pénal interne, les infractions sont classifiées en deux catégories, selon la consistance de l'atteinte illicite : si cette atteinte s'entend de la lésion effective du bien juridique protégé, l'infraction est dite matérielle[498] ; à l'inverse, si la réalisation de l'atteinte n'est pas requise, de sorte que la consommation de l'infraction est située au stade de la mise en péril du bien juridique, l'infraction est dite formelle[499]. La structure bipartite de l'infraction internationale n'empêche pas la mise en œuvre de cette classification théorique, même s'il est vrai qu'elle complexifie l'opération dans la mesure où deux séries d'atteintes peuvent être identifiées : celle afférente à l'entreprise contextuelle et celle afférente au crime sous-jacent individuel. Il reste que ces deux atteintes ne se situent pas sur le même plan. En effet, la qualification de l'infraction internationale est entièrement subordonnée à l'inscription du crime sous-jacent au sein de l'entreprise d'ensemble, ce qui signifie que l'illicéité pénale internationale a pour socle l'atteinte attachée à la situation contextuelle. Ainsi, bien que deux résultats puissent être attachés à l'infraction internationale, son résultat *spéficiant* consiste dans l'atteinte découlant de l'entreprise globale. Dès lors, la nature juridique de cette catégorie criminelle est à considérer à la lumière de ce dernier élément. Or, étant entendu que ladite atteinte se résume à la *mise en péril* de l'existence du groupe protégé, la notion d'infraction internationale peut être classée au sein de la catégorie des infractions formelles.

168. Appréciation du seuil de l'illicite. – Plusieurs considérations expliquent que le seuil de l'illicéité pénale internationale ait été placé au stade de la simple menace pour

---

[497] La jurisprudence s'est attaché à le signifier. V. not. : TPIY, *Le Procureur c/ Karadžić et Mladić*, Examen des actes d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, IT-95-5-R61 et IT-95-18-R61, Ch. prem. inst., 11 juil. 1996, n°92 : « *L'effectivité de la destruction partielle ou totale du groupe n'est pas nécessaire pour conclure à l'existence d'un génocide ; il suffit que l'un des actes énuméré dans la définition soit perpétré, dans une intention spécifique* ». v. aussi : TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°497.

[498] Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°321 ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°179 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°192. Sur ce point, v. les remarques opérées *supra* à la note de bas de page n°440.

[499] Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°322 ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°180 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°193. v. également *supra*, note de bas de page n°441.

l'existence du groupe ciblé. Au premier rang de ces raisons figure l'impératif de préservation des collectivités menacées. Dans le cas contraire, il aurait fallu attendre que celles-ci aient totalement disparu pour que les incriminations internationales trouvent à s'appliquer. En anticipant la répression des entreprises contextuelles, il devient possible d'en arrêter éventuellement le cours ou, à tout le moins, de prévenir certaines atteintes qui pourraient être portées aux groupes visés, ce qui gage assurément d'une protection plus efficace.

D'un point de vue répressif, ensuite, subordonner la qualification de la situation contextuelle à la destruction effective du groupe aurait neutralisé la possibilité de sanctionner les responsables de telles entreprises, dans le cas où celles-ci n'auraient pas rencontré le succès escompté[500]. D'un point de vue moral, c'eût été admettre que de tels comportements ne sont pas si graves tant qu'ils ne portent pas leurs fruits, position qui est de toute évidence intenable au regard de la nature des projets innervant de telles entreprises. D'un point de vue pratique, c'eût été assurer l'impunité des participants pour peu que la collectivité visée n'ait pas fini par disparaître. Certes, seuls les responsables d'une entreprise d'agression auraient bénéficié d'une impunité absolue, à défaut d'incrimination correspondante dans les droits internes. Relativement aux autres infractions, il est vrai que des qualifications de droit commun peuvent fonder la répression de ces acteurs. Pour autant, le risque d'impunité demeure, à tout le moins quand la situation en cause implique un appareil d'État, puisqu'il est à craindre que les crimes commis avec l'aval du pouvoir en place soient soustraits à toute sanction pénale. L'acuité de ce risque est d'ailleurs étayée par le régime juridique dérogatoire des crimes internationaux, dont le but affiché est, justement, de supprimer toute forme d'entrave aux poursuites des responsables[501].

Enfin, si la finalisation de l'entreprise apparaît concevable s'agissant de l'agression armée, elle demeure en revanche assez illusoire pour ce qui concerne les autres entreprises considérées. Il semble en effet peu probable qu'un collectif criminel, aussi puissant soit-il, réussisse à annihiler l'existence d'une collectivité donnée, tant cela supposerait qu'aucun de ses membres n'ait été épargné. De ce point de vue, conditionner la qualification du contexte à la réalisation effective de l'atteinte à l'existence du groupe aurait conduit à paralyser, *de facto*, l'applicabilité des infractions internationales. Ainsi, au-delà de l'efficacité répressive de la notion, c'est en définitive son efficience même qui commandait que le seuil de l'illicéité pénale internationale soit fixé au stade de la mise en péril du groupe ciblé.

---

[500] L'incrimination de la tentative n'étant pas applicable à l'entreprise contextuelle : elle se rapporte exclusivement à la commission des crimes sous-jacents. V. art. 25 al. 3, f) du Statut de Rome.

[501] On peut par exemple noter qu'en vertu de l'article 29 du Statut de Rome, les crimes internationaux sont soustraits à la prescription de l'action publique. De même, on peut relever que l'article 27 du Statut de Rome exclut toute possibilité de se prévaloir d'une qualité officielle, ainsi que des immunités procédurales pouvant y être attachées, pour échapper à la responsabilité pénale. Enfin, soulignons que la défaillance de l'autorité judiciaire – volontaire ou non – est érigée en critère de recevabilité des affaires devant la CPI (art. 17 al. 1, a) et b) du Statut de Rome), ce qui étaye l'acuité du risque d'impunité mis en lumière.

169. Conclusion. – L'appréciation de l'illicéité pénale internationale, à l'aune du but poursuivi par les entreprises contextuelles, permet ainsi d'établir que l'atteinte au fondement de la notion d'infraction internationale par nature s'entend de la menace pour l'existence d'un groupe déterminé. Mais il faut, pour parfaire cette analyse, chercher à apprécier l'injustice du projet poursuivi de manière négative, en s'interrogeant sur la potentielle justification de la menace ainsi générée.

§2. La justification de l'atteinte portée au groupe ciblé

170. Appréciation négative de l'illicéité pénale. – L'appréciation de l'illicéité pénale suppose davantage que la constatation *positive* d'une atteinte à un intérêt protégé. Elle engage, en outre, un jugement de valeur *négatif* sur l'injustice du comportement infractionnel, qui invite à envisager la possible justification de l'atteinte perpétrée. En effet, il arrive qu'un intérêt pénalement protégé soit bel et bien atteint mais que l'action qui l'a générée ne soit pas pour autant criminelle. Tel est le cas lorsque ladite action est couverte par un fait justificatif. S'il est plusieurs façons d'expliquer ce mécanisme et l'impunité qui en découle[502], les partisans de la théorie de l'injuste l'abordent comme la manifestation d'une opération de pondération des intérêts en présence : l'atteinte d'un intérêt pénalement protégé cesserait d'être reprochable lorsqu'elle servirait, par ailleurs, la protection d'un intérêt supérieur ou équivalent[503]. Dans ces conditions, l'infraction, pourtant interdite par la loi, est alors réputée licite car conforme aux finalités du Droit.

171. Justification de la mise en péril du groupe générée par les entreprises contextuelles. – Cette approche négative de l'illicéité trouve toute sa place dans l'étude des entreprises contextuelles. Plus encore, elle permet de comprendre pourquoi les entreprises de soumission et d'oppression visées, au titre du contexte de l'infraction internationale, ne sont pas porteuses de la même injustice, alors qu'elles recèlent pourtant une même atteinte, à savoir la mise en péril d'une entité collective. Ce traitement contrasté des situations contextuelles sera exposé et expliqué au fil de l'analyse successive des entreprises martiales (A) et criminelles (B).

A. Les entreprises martiales

172. La justification de la mise en péril du groupe visé dans les entreprises martiales. – En dépit de la mise en péril d'une entité collective dont elles sont porteuses, l'illicéité des entreprises martiales n'est pas absolue, car l'atteinte du groupe visé peut se

[502] Celles-ci seront exposées au fil de l'analyse.
[503] J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit*., pp. 249-250 ; X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 11ème éd., 2020, n°237 ; X. PIN, « l'infraction juste », préc., pp. 585-604 ; M. LACAZE, *Réflexion sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit*., n°552 ; G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, *op. cit*., n°286.

justifier par la conservation du groupe recourant à la force. Cette pesée des intérêts en présence guide l'appréciation de l'illicéité des entreprises martiales, tant pour ce qui concerne l'agression armée (1) que le conflit armé (2).

1- L'agression armée

173. Conditionnement négatif de la qualification de l'acte d'agression. – Si le Statut de Rome définit l'acte d'agression comme « *un emploi de la force armée par un État contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État* »[504], toute opération militaire correspondant à ce fait typique n'est pas pour autant constitutive d'un crime d'agression. Telle qualification est subordonnée à la condition que l'agression, « *par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations unies* »[505]. Les deux derniers critères renvoient à la matérialité de l'entreprise, précisément à la massivité de l'attaque qui la réalise[506], ce qui n'est, a priori, pas le cas du premier. En effet, sauf à admettre une redondance de l'incrimination, la « nature » de l'agression ne saurait s'entendre de sa forme matérielle, le texte détaillant par ailleurs les modalités d'exécution de l'entreprise[507]. Ce critère trouve en revanche tout son sens lorsqu'on le rapproche des causes de justification du recours à la force admises par la Charte des Nations. Sous cet angle, il apparaît que l'entreprise d'agression est illicite, et donc criminelle, à la seule condition qu'elle n'ait pas été autorisée par le Conseil de sécurité des Nations Unies (a), ni commise en légitime défense (b).

a- L'autorisation du conseil de sécurité des Nations Unies

174. Justification prise de l'autorisation de loi. – Au sens de la Charte des Nations Unies, le conseil de sécurité de l'ONU peut mettre en œuvre des mesures de sécurité collective lorsqu'il constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression[508], mesures dont l'exécution peut comprendre « *des démonstrations, des mesures de blocus et d'autres opérations exécutées par des forces aériennes, navales ou terrestres de Membres des Nations Unies* »[509]. Lorsqu'il est ainsi autorisé par le Conseil de sécurité, l'emploi de la force par un État est réputé licite, même s'il revêt les caractères matériels d'un acte d'agression. Cette cause de justification issue du droit international peut être mise en parallèle avec les faits justificatifs pénaux que constituent l'ordre et l'autorisation de la loi et son corollaire, le commandement de l'autorité légitime[510]. Quelle que soit sa source, l'autorisation

---

[504] Art. 8 *bis* al. 2 du Statut de Rome.
[505] Art. 8 *bis* al. 1 du Statut de Rome.
[506] Sur ces conditions, v. *infra*, n°325 et s.
[507] O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, *op. cit*., p. 330.
[508] Charte de l'organisation des Nations Unies du 26 juin 1945, art. 39.
[509] Charte de l'organisation des Nations Unies du 26 juin 1945, art. 42.
[510] C. pén., art. 122-4. Cet article dispose que « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* » et, corrélativement, que « *N'est pas*

de la loi présente, en effet, la même vertu justificative – étant entendu qu'elle se rapporte, en droit international, au fait étatique, c'est-à-dire à l'entreprise d'agression, tandis qu'elle s'applique, en droit pénal, à un fait humain, à savoir aux infractions commises par les individus[511] – et procède de la même logique : la violation d'un interdit n'est pas sanctionnée lorsqu'elle correspond à une permission émanant d'une disposition légale.

175. Approche de la justification à l'aune de la théorie de l'injuste : remarques générales. – La doctrine pénaliste classique conçoit l'impunité de l'infraction ordonnée ou autorisée comme la résolution d'un conflit de loi[512], au sens où un acte prescrit ou, à tout le moins, permis par le législateur ne peut, à peine de contradiction, être soumis à la répression. Plusieurs auteurs se détachent, toutefois, de cette approche formelle de cette catégorie de faits de justificatifs, pour l'appréhender au prisme de la théorie de l'injuste. L'idée avancée est la suivante : c'est parce que le sacrifice d'un intérêt pénalement protégé au profit d'un autre est considéré comme étant nécessaire, dans une situation donnée, que le législateur en viendrait à édicter des lois particulières, ordonnant ou permettant la commission d'un comportement par ailleurs prohibé[513]. Le régime assortissant l'exonération de la responsabilité pénale appuie cette conception. Les conditions de la justification montrent, en effet, que son bénéfice n'est pas systématique, en ce sens que la seule présence d'une norme ou d'un commandement permissif n'emporte pas toujours la justification de l'infraction commise, mais qu'elle repose sur une pondération des intérêts en présence. En témoigne, par exemple, l'exigence de *proportion* de l'usage de la force exercé aux fins de l'arrestation d'autrui autorisée par le Code de procédure pénale français[514]. Dans le même ordre d'idées, le commandement de l'autorité légitime est exclu si l'ordre délivré est « *manifestement illégal* »[515]. Ces critères dénotent une compréhension axiologique de l'illicéité, fondée sur la prise en compte de l'injustice du comportement infractionnel.

176. Rattachement de la justification prise de l'autorisation du conseil de sécurité à la théorie de l'injuste. – Or, la cause de justification du recours à la force armée que constitue

---

pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ». Ce fait justificatif est expressément prévu par le Statut de Rome, en son article 33. A noter que son application est strictement conditionnée et ne vaut que pour le crime d'agression et le crime de guerre.

[511] Le crime d'agression se situant au carrefour de ces deux matières, l'autorisation de la loi peut doublement s'appliquer à l'élément contextuel et à l'infraction individuelle. Il faut donc bien distinguer l'autorisation du conseil de sécurité des Nations Unies, qui peut justifier *l'acte d'agression*, des faits justificatifs pénaux que sont l'ordre hiérarchique et l'ordre de la loi, qui s'appliquent au *comportement individuel incriminé*, à savoir la planification, la préparation, l'exécution ou le lancement d'un acte d'agression.

[512] J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, Paris, L. Tenin, 2ème éd., 1927, t. 1, p. 182 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°440.

[513] M. LACAZE, *Réflexion sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit*., n°555 ; G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, *op. cit*., n°282-289 (s'agissant, spécifiquement, du fait justificatif de l'ordre et autorisation de la loi, v. n°288).

[514] Cass. crim. 13 avr. 2005 : *Bull. crim.* n°131.

[515] C. pén., art. 122-4. Le Statut de Rome pose la même condition aux faits justificatifs de l'ordre hiérarchique et de l'ordre de la loi : l'ordre ne doit pas être manifestement illégal. V. Art. 33, al. 1, c) du Statut de Rome.

l'autorisation du conseil de sécurité des Nations Unies répond à un régime sensiblement similaire. La première condition à laquelle est soumise la justification par l'autorisation du conseil de sécurité des Nations Unies tient en effet à l'« *existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression* »[516]. Cette condition induit que l'exercice de la contrainte étatique ne peut être licite que s'il est commandé par une nécessité impérieuse. Si le fondement de cette nécessité n'est pas proprement identifié par l'article, la référence à l'existence d'un acte d'agression permet d'emblée de comprendre qu'elle peut émaner de la mise en péril d'un État[517]. Les autres situations visées, à savoir la menace contre la paix ou la rupture de la paix, sont plus nébuleuses, ce qui obscurcit quelque peu l'identification de l'intérêt légitime qu'est censé poursuivre l'usage de la force. Un auteur a toutefois montré que la quasi-totalité des situations ayant conduit le Conseil de sécurité à autoriser le recours à la force se caractérisaient par de graves crises humanitaires – tel était le cas, par exemple, du génocide rwandais – ou des conflits armés internes ou internationaux[518]. Ainsi, outre la menace pour l'existence d'un État, l'intervention armée étatique peut trouver une justification dans la mise en péril actuelle ou imminente d'une communauté humaine[519].

En revanche, de simples situations d'instabilité humanitaire, économique ou sociale n'apparaissent pas suffisantes pour justifier l'adoption de mesures coercitives[520], ce qui se comprend dès lors que l'intérêt en cause n'est pas prééminent, parce qu'il n'engage pas l'existence même d'une entité collective. Dans ces conditions, l'usage de la force apparaît ainsi *injuste* car il tend à sacrifier un intérêt supérieur à celui que l'on entend protéger. À suivre cette logique, on peut en somme établir que la licéité du recours à la force, s'explique par la pesée des intérêts en présence : l'atteinte aux intérêts vitaux de l'État découlant du recours à la force est justifiée – et par conséquent licite – si elle porte à sauvegarder un intérêt équivalent, soit l'existence d'une autre entité étatique ou humaine.

Vient ensuite une deuxième condition se rapportant à la subsidiarité de la mesure coercitive : le conseil de sécurité ne peut valablement autoriser l'usage de la force que si tous les autres moyens non coercitifs de préservation ou de rétablissement de la paix se révèlent inadéquats[521]. De cette exigence, il découle que l'atteinte de l'État ciblé par l'entreprise armée est légitime dans la seule mesure où elle constitue un moyen adapté de repousser le mal redouté.

Enfin, il est une troisième condition voulant que l'action armée n'excède pas le cadre de l'autorisation délivrée par le Conseil de sécurité de l'ONU[522]. Ainsi, cette cause de justification

---

[516] Charte de l'organisation des Nations Unies du 26 juin 1945, art. 39.
[517] L'atteinte illicite caractérisant l'agression armée ayant été identifiée comme la mise en péril de l'État visé par l'emploi de la force. V. *supra*, n°160.
[518] E. DE WET, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, 2004, p. 175, cité par : O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, *op. cit*, p. 529.
[519] Étant entendu que de telles situations puisent leur illicéité dans le péril qu'elle font peser sur l'existence des communautés humaines concernées. V. *supra*, n°161.
[520] O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, *op. cit*, p. 529.
[521] Charte de l'organisation des Nations Unies du 26 juin 1945, art. 42.
[522] O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, *op. cit*, p. 538.

n'ouvre en aucun cas un droit d'usage de la force inconditionnel et illimité pour les États. Les mesures exercées doivent correspondre à la ligne d'action déterminée par le Conseil, supposément raisonnable[523]. On peut voir dans cette dernière exigence un critère de proportionnalité[524] de l'action armée entreprise induisant que, pour que celle-ci soit licite, elle ne doit pas causer une atteinte plus importante que celle que l'on cherche à éviter.

Cette série de conditions auxquelles répond l'autorisation du conseil de sécurité des Nations Unies transcrit une évaluation de l'injustice de la conduite étatique. Il peut alors être considéré que le recours à la force armée, bien que typique d'une agression, devient licite dès lors que la mise en péril de l'État qui en découle sert la préservation d'un intérêt supérieur ou équivalent. Dans ces conditions, l'atteinte recelée par l'entreprise armée apparaît alors conforme au Droit, ce qui explique qu'elle ne soit plus entachée d'un caractère criminel. Or, ce même raisonnement peut être appliqué à l'autre cause de justification admise par le droit international, à savoir la légitime défense.

b- La légitime défense

177. Admission du fait justificatif de la légitime défense étatique. – La Charte des Nations Unies admet une seconde exception au principe d'interdiction du recours à la force : la légitime défense étatique[525]. Cette cause de justification a émergé bien avant la Charte elle-même, dès le moment où l'exercice de la guerre a cessé d'être pensé comme un droit naturel et illimité de l'État[526]. Elle a ainsi pris relief pendant la période de la Société des Nations, avant de trouver une forme de consécration juridique implicite dans les procès du TMI de Nuremberg, le tribunal ayant accepté d'examiner ce moyen de défense[527]. L'argument n'a, certes, jamais été retenu, mais sa prise en compte par les juges révèle que la valeur justificative de la légitime défense était déjà acquise à l'aube du droit international pénal. La jurisprudence du Tribunal militaire américain achève d'en rendre compte puisqu'il fut explicitement déclaré, dans l'affaire *des Ministères*, que même si la guerre était devenue illégale, le droit de légitime défense avait bien entendu été préservé[528].

---

[523] A noter que les mesures prises par le Conseil de sécurité ne sont pas soumises à un contrôle de légalité, puisqu'il n'est aucune juridiction à même d'apprécier les décisions prises par le Conseil. C'est dire que la disproportion éventuelle des actions décidées par le Conseil ne devrait pas pouvoir faire l'objet de sanction. Comme le souligne un auteur, le système mis en place n'a d'autre limites que « *l'auto-contrôle* » du Conseil de sécurité : J.-M. SOREL, « Caractère discrétionnaire des Pouvoirs du Conseil de Sécurité : Remarques sur quelques incertitudes partielles », *RBDI*, vol. 37, n°2, 2004, p. 479.

[524] O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, *op. cit*, p. 539.

[525] Charte de l'organisation des Nations Unies du 26 juin 1945, art. 51.

[526] R. KOLB, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, Précis, (Collection de droit international public), 2009, p. 257.

[527] Cette cause de justification a été soulevée par la défense, relativement à l'invasion du Danemark et de la Norvège (*Procès des grands criminels de guerre*, préc., pp. 219-220), ainsi qu'à l'endroit de l'attaque de l'URSS (*Ibid*., pp. 224-226). Le tribunal a, à chaque fois, écarté l'argument.

[528] *USA c. Ernst von Weizsäcker and others*, « The Ministries case », case n°11, reproduit dans : Trials of war crimes criminals before the Nuernberg military tribunals under control coucil law n°10, vol. XIV, United states government printing office, Washington, 1949, p. 392 : « *Thus war as a means of enforcing lawful claims and*

178. Fondement de la justification prise de la légitime défense étatique. – La légitime défense en droit international est une pure transposition du fait justificatif que l'on connaît en droit pénal[529]. La seule différence est qu'elle est ici appliquée au fait de l'État et non aux faits humains[530]. Pour le reste, elle est empreinte de la même logique : elle ouvre un droit de réaction face à une attaque préalable, en neutralisant l'illicéité du fait commis et en s'opposant, par conséquent, à l'engagement de la responsabilité de son auteur.

À nouveau, on peut noter que la doctrine pénaliste propose plusieurs explications à la justification de l'infraction commise en légitime défense. Selon une conception classique, celle-ci résulte du fait qu'« *[e]n pareille hypothèse, le citoyen qui se défend coopère au lieu et place de l'autorité au maintien de l'ordre* »[531]. Ce faisant, l'agent prendrait, en quelque sorte, le relai d'une justice défaillante, raison pour laquelle son action se révèlerait compatible avec le Droit. La doctrine internationaliste définissant la légitime défense comme un « *droit intérimaire* » perdurant « *jusqu'à ce que le Conseil vienne relever l'État individuel dans son action défensive* »[532] fait incontestablement écho à cette interprétation. Mais cette lecture n'est pas la seule à pouvoir être proposée. La théorie de l'injuste, déjà appliquée à l'autorisation de la loi, peut également être appliquée à la conceptualisation de la légitime défense. Elle y trouve, au demeurant, une résonnance encore plus prononcée. La licéité de la riposte peut effectivement être analysée comme la résultante d'une pesée des intérêts engagés par la situation infractionnelle : l'atteinte commise, en défense, apparaît conforme au Droit pour peu qu'elle sous-tende la protection d'un intérêt supérieur ou égal à l'intérêt sacrifié[533]. Cette opération de pondération transparaît des critères de nécessité et de proportionnalité appliqués à la légitime défense en droit pénal[534], lesquels invitent à apprécier l'importance qualitative et quantitative

---

demands became unlawful. The right of self-defense, of course, was naturally preserved, but only because if resistance was not immediately offered, a nation would be overrun and conquered before it could obtain the judgment of any international authority that it was justified in resisting attack ».

[529] Pour le droit pénal interne, v. C. pén., art. 122-5. Pour le droit international pénal, v. art. 31 al. c) du Statut de Rome.

[530] Toutefois, cela n'exclut pas l'applicabilité de la légitime défense, en tant que fait justificatif de l'infraction de crime d'agression. Dans le crime d'agression, la justification prise de la légitime défense se dédouble : elle peut porter à la fois sur le fait étatique sanctionné, l'acte d'agression, et à la fois sur le fait humain incriminé, soit la participation à l'acte d'agression.

[531] R. MERLE et A. VITU,, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, *Droit pénal général*, op. cit., p. 574. Dans le même sens, v. F. DESPORTES et F. LE GUHENEC, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°726 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, Précis, 26ème éd., 2019, n°423 ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°257 ; R. BERNARDINI, « Légitime défense », *Rép. Pén*. Dalloz, 2017, n°19.

[532] R. KOLB, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, *op. cit*., p. 258. V. aussi : H. KELSEN, « Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations », *American Journal of International Law*, vol. 42, n°4, 1948, p. 784-785.

[533] G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, *op. cit*., n°286 ; M. LACAZE, *Réflexion sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit*., n°562.

[534] C. pén., art. 122-5 : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte* » (nous soulignons). L'article 31 al. c) du Statut de Rome qui pose ce fait justificatif insiste sur la condition de proportionnalité mais ne transcrit pas explicitement de condition de nécessité. Elle ressort, toutefois, de l'exigence voulant que l'infraction soit commise en réaction à un danger actuel et important.

de l'atteinte commise, par rapport à celle évitée. Dans la mesure où le mécanisme de la justification suit exactement le même principe en droit international, il est tout à fait possible de penser la licéité de l'entreprise armée commise en légitime défense au prisme de son défaut d'injustice.

179. Conditions de la justification prise de la légitime défense étatique. – Plusieurs conditions sont requises aux fins de s'assurer que l'agression armée s'inscrit effectivement dans une démarche de légitime défense. Avant toute autre chose, il faut pouvoir établir qu'un État membre des Nations Unies « *est l'objet d'une agression armée* »[535], étant entendu qu'il peut s'agir de l'État recourant à la force mais également d'un autre État, la Charte autorisant la légitime défense collective, à savoir la défense armée des intérêts d'un État tiers. Il en ressort, d'abord, que la situation de péril peut uniquement être caractérisée à l'endroit d'un *acte d'agression*, ce qui induit que seule la compromission de l'existence de l'entité ciblée ouvre le droit à la légitime défense, à l'exclusion de toute préoccupation de moindre importance, tels des « *intérêts perçus comme relevant de la sécurité* »[536]. Autant dire que seul le cas où « *la survie même de l'État est en cause* »[537] autorise l'atteinte aux intérêts vitaux de l'entité visée par la riposte. Il faut souligner, par ailleurs, que l'État ne doit pas avoir provoqué la situation de péril dans laquelle il se trouve, conformément à la règle connue du pénaliste voulant que « *légitime défense sur légitime défense ne vaut* »[538]. Cette condition a ainsi été expressément dégagée par la jurisprudence de l'après-guerre : « *aucune Nation qui déclenche une guerre d'agression ne peut s'arroger le droit d'invoquer la légitime défense contre ceux qui ont pris les armes contre l'agresseur* »[539].

Ensuite, en visant la réalisation préalable d'un acte d'agression, le texte signale que la simple *menace* d'agression, pourtant contraire à la Charte des Nations Unies[540], n'ouvre aucun droit à la légitime défense. On comprend alors que le danger doit être actuel ou à tout le moins imminent[541] pour que l'État soit fondé à recourir à la force armée en défense de ses intérêts.

---

[535] Charte de l'organisation des Nations Unies du 26 juin 1945, art. 51.
[536] Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, *C.I.J. Recueil,* 2005, p. 224, n°148.
[537] CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, préc., p. 266, n°105, E). v. aussi : O. CORTEN, « La nécessité et le jus ad bellum » in SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2007, p. 132 : « *[le droit de légitime défense] a pour objet la préservation même de l'existence de l'État* ».
[538] X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°247.
[539] Trials of war criminal before the Nuernberg military tribunals under control council law n°10, vol. XIV, « *the ministries case* », Washington, U.S. Government printing office, 1949, p. 379 : « *No nation which initiates aggressive war can avail itself of the claim of self-defense against those who have taken up arms against the aggressor* » (traduction libre).
[540] Charte de l'organisation des Nations Unies du 26 juin 1945, art. 2 al. 4 : « *Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies* » (nous soulignons).
[541] R. KOLB, *Ius contra bellum – Le droit international relatif au maintien de la paix*, *op. cit*., p. 280 qui souligne que le texte autorise exclusivement la légitime défense « *réactive* », voire « *interceptive* », c'est-à-dire une fois que l'attaque est lancée, mais avant que ses effets se soient réalisés.

Dans le cas contraire[542], la situation de péril n'apparaît pas suffisamment pressante, de sorte que l'acte de coercition perd de sa nécessité car d'autres mesures moins contraignantes et menées sous l'égide des Nations Unies pourraient être privilégiées[543].

Enfin, il est une dernière condition, implicite dans le texte, mais formellement admise par la jurisprudence[544] et la doctrine[545] internationales : la riposte doit être proportionnée à l'agression injuste. Cela signifie qu'elle ne doit pas excéder l'intensité de l'offensive essuyée et ainsi emporter un dommage plus grave que celui que l'on cherche à conjurer. Cette opération de comparaison des atteintes commises en défense et en attaque montre que l'appréciation de la licéité de l'agression armée réalisée en légitime défense repose sur une pesée des intérêts en présence, comme il en va en matière de justification par l'autorisation du conseil de sécurité de l'ONU. Il se dessine, ainsi, la même conclusion : l'engagement des intérêts vitaux d'un État ne suffit pas à légitimer toute action armée. Encore faut-il que le recours à la force tende à rétablir un équilibre, en promouvant la défense d'un intérêt à tout le moins équivalent à celui sacrifié.

180. Bilan. – À la lumière de ces considérations, il apparaît que la « *nature* »[546] de l'acte d'agression, au regard de laquelle doit être appréciée la violation de la Charte des Nations Unies pour que son illicéité soit établie et le crime d'agression constitué, renvoie à l'injustice de l'entreprise armée considérée. En effet, dans le cas où l'emploi de la force sous-tend la conservation d'une entité autrement protégée par le droit international pénal, l'incrimination de l'entreprise perd sa raison d'être, car celle-ci sert la préservation d'un intérêt supérieur ou égal

---

[542] L'exigence d'imminence du danger exclut le recours à la force anticipé, par rapport à la réalisation d'un acte d'agression, soit la *légitime défense dite préventive*, ainsi que le recours à la force postérieur à la réalisation de l'acte d'agression, soit les mesures de représailles. Sur l'illicéité de la légitime défense préventive, v. O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, *op. cit*, pp. 662-716 ; pour une consécration pratique, v. not. : CIJ, Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, *C.I.J. Recueil* 2005, p. 222, n°143. Sur l'illicéité des mesures de représailles : v. R. KOLB, *Ius contra bellum – Le droit international relatif au maintien de la paix*, *op. cit*., p. 282 ; pour une application pratique, v. *CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis D'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 112, n°237.

[543] Y. DINSTEIN, *War aggression and self-defence*, Cambridge University Press, 6ème éd., 2017, n°656.

[544] La jurisprudence internationale l'exige de manière constante : v. not. : CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1986, p. 103, n°194 ; CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, *C.I.J. Recueil* 1996, p. 245, n°41 ; CIJ, Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), arrêt, *C.I.J. Recueil* 2003, p. 186, n°51.

[545] Certains auteurs vont jusqu'à qualifier la condition de proportionnalité comme « *the essence of self-defence* » : v. I. BROWNLIE, *International law and the use of force by state*, Oxfort University Press, 1963, n°279, §2. Sur la condition de proportionnalité, v. not. : R. Kolb, *Ius contra bellum – Le droit international relatif au maintien de la paix*, *op. cit*., p. 294 et s. ; Y. DINSTEIN, *War aggression and self-defence*, *op. cit*., n°657 ; E. CANNIZZARO, « Contextualisation de la proportionnalité : *jus ad bellum* et *jus in bello* dans la guerre du Liban », *RICR*, vol. 88, 2006, p. 275-290, ou encore : INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, « La notion de légitime défense en droit international, Aperçu historique et principaux aspects du problème », *Annuaire*, vol. 56, session de Wiesbaden, 1975, réimpression Bad Feilnbach / Germany, 2002, pp. 48-49.

[546] On fait référence, ce disant, à l'expression employée dans l'alinéa 1 de l'article 8 *bis* du Statut de Rome : « *Aux fins du présent Statut, on entend par "crime d'agression" la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution (...) d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies* » (nous soulignons).

à l'intérêt que protège l'incrimination. Cela explique, en définitive que la criminalisation des entreprises d'agression armée ne soit pas absolue, en dépit de la mise en péril d'un État qu'elles génèrent. Ce raisonnement peut pareillement être appliqué à la situation de conflit armé.

2- Le conflit armé

181. L'absence de criminalisation de l'entreprise martiale. – À première vue, le droit de la guerre peut sembler marqué du sceau d'un profond paradoxe : alors que la guerre est mise hors-la-loi par le droit international, celui-ci réglemente, par ailleurs, sa conduite, ce qui signale que la faculté de faire la guerre demeure reconnue aux États et, plus largement, à tous les groupements politiques. Cette contradiction a suscité certaines oppositions au sein de la Commission du Droit international, lors des travaux de codification des crimes internationaux. Certains estimaient que l'incrimination des crimes de guerre était dépourvue d'objet, mais qu'il fallait criminaliser la guerre elle-même, en toutes circonstances[547]. L'argument céda, toutefois, devant des considérations pragmatiques. « *Ce serait un non-sens de considérer un acte comme criminel et de vouloir, en même temps, établir des droits et des devoirs pour ceux qui s'y livrent. Cependant, ne pas limiter, pour ce motif, les excès, les abus qui se commettent à l'occasion des conflits armés serait plus que de la naïveté, ce serait une légèreté et une faute* »[548]. Effectivement, interdire la guerre ne suffit pas à la faire disparaître. Or, se contenter de la criminaliser, purement et simplement, reviendrait à soustraire sa conduite à toute forme de réglementation dans l'hypothèse où l'incrimination n'aurait pas eu l'effet dissuasif escompté. Autrement dit, chaque fois qu'un conflit viendrait à éclater, la situation verserait dans le chaos le plus total, en ce sens que « *sans un pareil droit, le recours légitime ou illégitime à la force se transformerait toujours en massacres, pillages et destructions indignes du genre humain* »[549]. Sans remettre en cause ces observations fort réalistes, il apparaît toutefois possible d'expliquer autrement la licéité des entreprises martiales, précisément à la lumière de leur défaut d'injustice.

182. La neutralisation de l'illicéité du but de l'entreprise martiale par les nécessités de guerre. – Dans tout conflit armé, le but immédiat du recours à la force est invariable. Il s'entend de la soumission militaire de l'adversaire, objectif qui se concrétise dans l'annihilation

[547] *Ann. CDI*, 1950, vol. II, p. 299, n°43, on fait référence, ici, au point de vue développé par M. Biddle : « *il est inutile de s'efforcer de qualifier les crimes de guerre et d'en donner une nouvelle définition. Je dis cela parce que je crois que toute votre argumentation devrait porter contre la guerre elle-même et non pas se borner à tenter de rendre la guerre plus respectable, ce qui s'est révélé tellement vain lorsque l'on a voulu faire respecter, dans un monde moderne en guerre, des lois sur la guerre sous-marine rédigées un peu comme des règles de bridge* ». Dans le même ordre d'idées, v. la déclaration de M. Pawlak devant la CDI qui considère que « *la guerre et l'agression étant mises hors la loi par la Charte des Nations Unies (...) les normes régissant la conduite de la guerre ont perdu, aujourd'hui, leur raison d'être, et que les efforts de la CDI pour définir les crimes de guerre n'ont plus qu'un intérêt académique* » : *Ann. CDI*, 1989, vol. 1, p. 14, n°26.
[548] *Ann. CDI*, 1986, vol. II(1), p 62, n°72.
[549] *Ann. CDI*, 1950, vol. II, p. 299, p. 300, n°43.

du potentiel humain et matériel de l'opposant[550]. En cela, chaque partie au conflit fait peser une menace sur l'existence du groupe ennemi. Mais la réciprocité de la relation d'hostilité emporte que chaque entité impliquée dans le conflit est à la fois *acteur* et *sujet* de la situation de péril générée. C'est dire qu'en prenant part à la lutte armée, les groupes armés menacent la conservation du groupe adverse et engagent, en retour, leur existence propre.

À considérer le conflit armé sous cet angle, la neutralisation du potentiel militaire de l'ennemi revêt les caractères d'un acte de sauvegarde impérieux, puisqu'elle participe d'un mouvement de défense dans l'adversité ou, plus précisément, d'un acte d'autoconservation des belligérants. La licéité de l'entreprise martiale peut, dès lors, être rapprochée de cette situation de nécessité dans laquelle se trouvent les parties. En matière pénale, cette circonstance vaut en effet classiquement exonération de la responsabilité. L'infraction juste est, toujours, une *infraction nécessaire*[551], au sens où elle défend la protection d'un intérêt éminent. Au-delà de la cause d'irresponsabilité homonyme, l'état de nécessité[552], ce critère innerve l'ensemble de la théorie de la justification pénale[553] ; il en est, en quelque sorte, le fondement explicatif. Certes, la situation de guerre ne se laisse pas enserrer, techniquement, dans les causes de justification admises par le droit pénal[554]. Elle en partage, toutefois, la physionomie, ce qui donne tout son sens à l'absence criminalisation de la situation de conflit. Sous cet éclairage, il apparaît en effet que l'opposition des forces en présence tient en réalité en échec la possibilité de procéder à un jugement de valeur général et abstrait sur la licéité de l'entreprise martiale, chacune des parties étant placée dans une même position de péril et, donc, dans une même position de nécessité. Ainsi la situation de conflit armé, considérée dans sa globalité, est-elle « neutre » en termes de coloration pénale.

183. L'appréciation de la licéité des moyens d'exécution de l'entreprise martiale. – Pour autant, la licéité de l'entreprise martiale n'est pas soustraite à tout jugement de valeur. L'argument de la nécessité, en effet, ne saurait constituer une excuse absolue, à peine d'ouvrir

---

[550] V. *supra*, n°121.

[551] X. PIN, « L'infraction juste », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 592 et s.

[552] Pour le droit interne, v. C. pén., art. 122-7. S'agissant du droit international pénal, l'article 31 du Statut de Rome fait allusion à un état de nécessité, qu'il fait toutefois découler d'une situation *de contrainte.* La nature juridique de cette cause d'irresponsabilité apparaît, dès lors, difficile à cerner puisque que la condition de nécessité évoque un fait justificatif objectif, tandis que la contrainte renvoie, en principe, à une cause d'irresponsabilité subjective (neutralisation de la volonté infractionnelle).

[553] X. PIN, « l'infraction juste », préc., p. 592 et s. où l'auteur démontre que l'ensemble des faits justificatifs répondent à un critère de nécessité, qu'ils soient de source légale – l'auteur évoque, par exemple, l'état de nécessité ou la légitime défense – ou de source jurisprudentielle – sont notamment évoqués le fait justificatif dit de « l'intérêt de groupe » en cas d'abus de biens sociaux (*ibid*., p. 593) ou le fait justificatif « des droits de la défense » (*Ibid*., p. 594). V. aussi : X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°265

[554] Essentiellement parce qu'elles requièrent que le péril en réaction duquel intervient l'acte de sauvegarde soit lié à la fatalité, c'est-à-dire que l'agent ne doit pas avoir joué un rôle dans sa survenance : v. X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°265. Or, cette condition ne résiste pas à l'engagement volontaire des parties dans le conflit. Ainsi, le fait justificatif de légitime défense, voire celui d'état de nécessité dont on aurait pu*, a priori*, envisager la transposition à la situation de guerre, se révèlent finalement incompatibles avec les circonstances.

la voie à un déchaînement de violence extrême n'ayant d'autres limites que la puissance de frappe respective des parties. Certaines philosophies politiques classiques renfermaient, d'ailleurs, de tels excès, notamment celle portée par Thomas Hobbes dans le Léviathan. Sa pensée sur l'état de nature trahit incidemment une conception radicale de la guerre, en tant que situation dans laquelle « *rien ne peut être injuste* »[555], « *parce qu'il n'y a rien dont ne puisse faire usage contre ses ennemis, qui ne soit de quelque secours pour se maintenir en vie, il s'ensuit que, au sein d'un tel état, chacun a un droit sur toute chose, y compris sur le corps des autres* »[556]. Il va sans dire que cette doctrine n'a pas prospéré puisque la situation de guerre est bien soumise à réglementation. Or, l'ensemble des normes applicables dérive d'un principe premier au nom évocateur, le principe de *nécessité militaire*, en vertu duquel seules les atteintes procédant du strict exercice d'un droit à la conservation sont légitimes[557]. Il s'ensuit, négativement, que toute atteinte inutile et disproportionnée au but légitime de la guerre est réputée illicite et, partant, érigée en crime de guerre[558]. On retrouve, ainsi, les critères caractéristiques de la justification pénale et, en creux, l'opération de pondération des intérêts sur laquelle repose l'appréciation de l'illicéité pénale d'un comportement donné[559].

En somme, si l'entreprise martiale n'est pas criminelle au regard de son but, elle l'est au regard de ses moyens. Dans la mesure où la situation de péril à laquelle font face les belligérants postule de la nécessité de l'atteinte au groupe adverse, le jugement de valeur sur la licéité de l'entreprise est déporté au plan des actes d'exécution du conflit armé : toutes les atteintes ne trouvant aucune justification dans l'impératif de conservation des parties sont réputées illégitimes et par conséquent criminelles. Ainsi, il n'y a pas de « guerre-crime », mais seulement des crimes de guerre.

184. Bilan. – En conclusion, les circonstances entourant la réalisation des entreprises martiales sont telles que la soumission du groupe visé et l'atteinte qui en découle peuvent trouver à se justifier, dans certaines conditions. Cette justification apparaît en revanche exclue, s'agissant des entreprises criminelles.

B. Le caractère injustifiable des entreprises criminelles

185. Absence de menace pour l'existence du groupe assaillant. – La dynamique des entreprises criminelles contre l'humanité et génocidaire est foncièrement différente de celle à

[555] T. HOBBES, *Léviathan ou matière, Forme et puissance de l'État chrétien et civil*, Paris, Gallimard, Folio Essais, 2000 (1ère éd. 1651), p. 227.
[556] *Ibid*., p. 231.
[557] Ce principe sera développé *infra*, n°406 et s. lors de l'étude de la rationalité des infractions des crimes de guerre.
[558] Sur la mise en œuvre du critère des nécessités militaires, dans la détermination des incriminations de crime de guerre, v. *infra*, n°410 et s.
[559] Il faut toutefois préciser que les nécessités militaires ne constituent pas un *fait justificatif* des infractions de crime de guerre, mais le critère présidant à l'incrimination des infractions. Autrement dit, l'appréciation de l'injuste est opérée *ex ante*, par le législateur, pour déterminer quels types de comportements d'exécution de l'entreprise martiales sont pénalement punissables. Sur ce point, v. *infra*, n°412.

laquelle répondent les entreprises martiales. Non seulement le groupe visé n'est pas structuré militairement mais il ne manifeste, en outre, aucune intention hostile vis-à-vis de son agresseur. La communauté ciblée est, ainsi, totalement inoffensive. Le recours à la violence ne peut donc en aucun cas s'analyser en un acte de sauvegarde nécessaire, le groupe attaqué ne faisant peser aucune menace sur l'existence du collectif attaquant. Dans ces conditions, toute possibilité de justification de l'entreprise apparaît exclue. La dissymétrie du rapport de force considéré induit, en effet, que l'atteinte de la collectivité désignée est injuste, par nature et, par conséquent, que l'entreprise d'ensemble est en toutes circonstances criminelle.

186. Menace putative. – À cet égard, la rhétorique sécuritaire nourrissant les politiques criminelle contre l'humanité ou génocidaire ne doit pas induire en erreur. Les études sociologiques montrent, en effet, que les processus de criminalité massive sont systématiquement enracinés dans un imaginaire de la *peur* exploité par l'organisation criminelle, mettant en avant la figure d'un ennemi (intérieur ou extérieur) dont l'existence menace la conservation de la société, pour mieux attiser l'instinct de survie du groupe et, ainsi, le mobiliser en vue d'une action supposément défensive[560]. À cet égard, l'idéologie criminelle prospère sur le fond du même dilemme que celui porté par la propagande de guerre : il faut détruire le « eux » pour sauver le « nous »[561]. La différence, toutefois, est que cette menace n'a aucune réalité, puisque l'ennemi désigné ne porte pas les armes. Autrement dit, le danger n'existe que dans l'esprit de l'assaillant. Or, cette représentation putative du péril est dépourvue de toute vertu justificative, si tant est qu'on aborde ce mécanisme comme une opération de pondération objective des intérêts en présence. Sous cette perspective, c'est le rapport d'équivalence existant entre l'intérêt préservé et sacrifié qui fonde la conformité au Droit de l'action considérée, sans considération pour l'état d'esprit de l'auteur[562]. Ainsi, peu importe que le discours de la peur et la doctrine d'autodéfense véhiculés par le système criminel aient été particulièrement convaincants ; il faut impérativement que le danger redouté soit bien *réel*, sans

[560] Voir l'analyse éclairante de J. SEMELIN, *Purifier et détruire – Usages politiques des massacres et génocides*, Paris, Seuil, 2005, pp. 77-93.
[561] *Ibid*., p. 87.
[562] Comme l'a expliqué un auteur, la solution peut être différente si l'on retient une conception subjective de la justification pénale, en tant que cause de non-culpabilité. Selon cette approche, les faits justificatifs neutralisent l'élément moral de l'infraction, parce qu'ils induiraient que l'agent a poursuivi un objectif louable. A suivre cette analyse, il faut donc conclure à la justification de l'agent qui s'est cru justifié (ce qui renvoie donc à un danger putatif), aussi grossière puisse être son erreur, son erreur supprimant sa volonté. v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.,* n°263 et n°282.
La solution inverse s'impose si l'on retient, comme nous, une conception objective de la justification, fondée dans la conformité de l'infraction aux finalités du Droit. Sous cet angle, la justification s'applique uniquement si l'acte commis sert la préservation d'un intérêt social prééminent : l'appréciation de la licéité est donc totalement objective et ne laisse pas de place à l'évaluation de l'état d'esprit de l'auteur. La croyance en un péril imaginaire ne saurait, dès lors, avoir pour effet utile de justifier l'infraction commise. Pour une application de cette solution à la légitime défense putative, v. X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°247 ; M. LACAZE, *Réflexion sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., n°560. Pour le rejet de l'état de nécessité putatif, v. X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°252 ; M. LACAZE, *Réflexion sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit*, n°567.

quoi l'atteinte commise ne saurait présenter le caractère d'un acte *nécessaire* et, partant, d'un acte *juste*. Or, dans la mesure où les collectivités visées par les systèmes criminel contre l'humanité et génocidaire sont, par définition, inoffensives, cette condition tenant à la réalité du péril fait immanquablement défaut, de sorte qu'aucune justification n'est envisageable. C'est dire, en somme, que la rhétorique sécuritaire ne constitue rien d'autre qu'un élément de discours idéologique, un prétexte voué à légitimer l'entreprise criminelle sur un plan politique : elle n'a aucune forme de pertinence juridique.

187. Menace postérieure. – Dans le même ordre d'idées, la résistance armée que pourraient spontanément opposer les membres du groupe visé au système oppresseur est insusceptible de justifier la violence employée par l'organisation criminelle. Cette solution s'impose, d'emblée, d'un point de vue moral : admettre le contraire reviendrait, en effet, à obliger les collectivités attaquées à subir le mal qui leur est infligé sans possibilité de s'en défendre. Mais elle se comprend, par ailleurs, au regard de la logique à laquelle répond la justification pénale : celle-ci ne peut se concevoir qu'à l'endroit d'une atteinte commise en réaction à une atteinte préalable. Ainsi la réaction défensive exercée, par le groupe victime, ne saurait légitimer l'offensive qui lui a précédé.

La seule question qui se pose, véritablement, est celle de savoir si la riposte armée du groupe ciblé peut influer sur l'illicéité des attaques *postérieures* de l'organisation criminelle. En théorie, c'est dans la seule hypothèse où la réaction du groupe victime serait telle que l'existence du collectif assaillant se trouverait, en retour, mise en péril, que l'on pourrait envisager une éventuelle justification pénale. À cet égard, il apparaît nécessaire de distinguer deux situations : la *résistance spontanée* et la *résistance organisée*. Par résistance spontanée, on entend un recours aux armes improvisé, dans un but purement défensif. Dans ce cas, le groupe victime se contente de repousser les atteintes auxquelles il est immédiatement confronté, de sorte qu'aucune forme de justification ne saurait intervenir pour l'attaquant. La communauté ciblée doit rester considérée comme inoffensive, puisqu'elle n'engage aucune démarche proactive à l'encontre du collectif agresseur. La situation serait en revanche différente si le groupe victime mettait en place une résistance organisée en se structurant autour d'un projet visant à renverser, par la force, le collectif oppresseur. Pour peu qu'une capacité destructrice puisse effectivement être reconnue au groupe résistant[563], on pourrait alors considérer que la conservation du groupe assaillant en viendrait à être compromise. Cela étant, la situation verserait, le cas échéant, dans un conflit armé puisque l'opposition mutuelle de deux entités

[563] Ce critère de capacité collective est essentiel à la qualification du contexte. Il découle, en effet, du principe de nécessité que seules les actions à même de causer l'atteinte à l'intérêt protégé par l'incrimination peuvent recevoir une coloration pénale. Appliqué à l'infraction internationale, cette règle induit que l'entreprise d'ensemble est justiciable du droit international pénal à la seule condition qu'elle soit *de nature* à engendrer la réalisation de l'atteinte fondant l'illicéité pénale internationale, à savoir la mise en péril de l'existence du groupe protégé. Concrètement, cela suppose de vérifier que le groupe était en capacité de mener à bien la réalisation de son projet. Sur cette condition, v. not. *infra*, n°202.

armées organisées serait vérifiée[564]. Certes, le changement de cadre juridique emporterait alors l'application du droit de la guerre et, avec lui, la justification de certains actes, à savoir ceux couverts par la nécessité militaire[565]. Il demeure que l'entreprise en cause ne serait plus, à proprement parler, une entreprise d'oppression, mais une entreprise martiale. Au reste, à supposer que seule une fraction du groupe initialement visé en vienne à se constituer en groupe armé organisé, l'atteinte de la partie de la communauté demeurée inoffensive resterait, pour sa part, illicite. Ainsi, à considérer strictement les choses, on ne saurait donc conclure à la possible justification des entreprises criminelle contre l'humanité ou génocidaires car c'est, en définitive, dans le seul cas où l'entreprise changerait de nature, au regard des circonstances factuelles, que l'atteinte du groupe visé pourrait devenir licite.

La conclusion qui en ressort est que les processus d'oppression caractérisant le crime contre l'humanité et le génocide sont, par définition, insusceptibles de justification puisqu'ils sont porteurs d'une atteinte à l'existence d'un groupe *inoffensif.* Ainsi ces entreprises sont-elles, par nature, illicites et, partant, criminelles.

188. Conclusion de la Section 2. – À l'issue de cette analyse, il apparaît que le but des entreprises contextuelles ne revêt pas toujours la même illicéité. Le premier constat a, pourtant, été celui de l'unité : à analyser l'injustice des entreprises, sur un plan positif, c'est-à-dire, au regard de l'atteinte qu'elles génèrent, il est apparu que tous les processus considérés renfermaient, abstraitement, le même type de péril. Qu'il s'agisse de soumettre ou d'opprimer, l'entreprise est contraire au Droit au regard de la menace qu'elle fait peser sur l'existence du groupe ciblé. Pour autant, l'appréciation négative de l'injustice, qui repose sur la prise en compte de la justification de l'atteinte à l'intérêt protégé, a conduit à mettre en lumière une différence fondamentale entre les entreprises martiales et criminelles. S'agissant des premières, il a été vu que la soumission du groupe visé peut, dans certaines conditions, constituer un moyen pour conjurer la mise en péril d'un groupe par ailleurs protégé. Le cas échéant, l'entreprise revêt alors les caractères d'un acte nécessaire, ce qui exclut son illicéité. C'est ainsi le cas, pour l'agression armée, lorsque l'emploi de la force armée, contre un État, est autorisé par le Conseil de sécurité des Nations Unies ou qu'il est exercé en légitime défense. Dans ces conditions, l'entreprise armée est justifiée, ce qui neutralise la qualification du crime d'agression. En ce qui concerne le conflit armé, la situation est encore différente : la licéité du but de la guerre est tout

[564] On peut mettre en parallèle cette affirmation avec la définition admise de la population civile, en tant que groupe protégé du crime contre l'humanité. Celle-ci est définie, négativement, comme un groupe de personnes non-combattantes. Or, les mouvements de résistance organisés sont assimilés, par le droit international humanitaire, à des forces combattantes, ce qui confirme que l'attaque d'un tel groupe est, par définition, étrangère à la qualification de crime contre l'humanité. V. l'article 50 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 8 juin 1977 qui, aux fins de l'identification négative de la notion de personne civile, renvoie notamment à l'article 4-A al. 2 de la IIIème Convention de Genève du 12 août 1949, article qui définit comme combattants, « *les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés* (…) ». La jurisprudence pénale internationale admet la même délimitation de la notion de population civile : v. *supra* n°57 et s.

[565] V. *supra* n°183 et *infra* n°405 et s.

bonnement postulée, compte tenu de la menace que font respectivement peser les parties sur l'existence de leur opposant. La conséquence qui en découle est que le conflit armé n'est pas coloré pénalement. Autrement dit, l'entreprise martiale dans sa globalité est neutre, en termes d'illicéité, ce qui n'exclut pas, toutefois, l'appréciation de l'injustice des faits de guerre. Seulement, ce jugement de valeur est déporté au plan des comportements conduisant son exécution car la nécessité miliaire ne peut s'apprécier qu'en tenant compte de la manière dont sont menées les hostilités. En revanche, il a été vu que la visée oppressive des entreprises criminelle contre l'humanité et génocidaire échappait à toute forme de justification, dans la mesure où la mise en péril de la collectivité ciblée est, par définition, insusceptible de revêtir les caractères d'un acte de sauvegarde nécessaire. Aussi, et à la différence des entreprises martiales, celles-ci sont réputées injustes par nature, en toutes circonstances.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

189. L'entreprise d'ensemble dans laquelle s'inscrit l'infraction internationale par nature se singularise par un but particulier : quelle que soit la qualification envisagée, l'emploi de la force tend à neutraliser l'existence de la collectivité prise pour cible. Cette condition finaliste invariante trouve, toutefois, différentes expressions selon que l'entreprise en cause est de nature martiale ou de nature criminelle.

190. Au regard de la nature du but afférent à chacune des entreprises d'ensemble, il a été esquissé une classification typologique bipartite des processus considérés. D'un côté, les entreprises martiales ont été définies comme des *entreprises de soumission*, en ce sens que le recours à la force tend, invariablement, à asseoir la suprématie du collectif assaillant, sur le collectif assailli. D'un autre côté, les entreprises criminelles ont pu être définies génériquement comme des *entreprises d'oppression*. Ce qualificatif sied davantage à la description des contextes du crime contre l'humanité et du génocide, car il n'est plus question de subjuguer une entité, mais plutôt de placer une collectivité sous le joug d'un régime tyrannique et arbitraire se matérialisant dans l'exercice d'une coercition sévère. Pour autant, la visée oppressive respective des entreprises criminelles contre l'humanité et génocidaires reste distinctement définie, même si la différence en question est moins de nature que de degré. Tandis que la première qualification couvre n'importe quelle ligne d'action oppressive, allant de la persécution jusqu'à l'extermination d'un groupe, en passant par son expulsion, la seconde saisit exclusivement l'hypothèse radicale dans laquelle le but recherché consiste dans la destruction matérielle du groupe visé.

191. Cette dichotomie s'est prolongée à l'analyse de l'illicéité du but d'ensemble, même s'il a d'abord pu être montré que les résultats de soumission et d'oppression respectivement recherchés par les organisations martiales et criminelles recelaient un même type d'atteinte, à savoir la mise en péril d'une entité collective. Ce constat affermit l'unité de la catégorie infractionnelle et permet de comprendre que l'illicéité pénale internationale et, partant, la gravité de la notion d'infraction internationale par nature, est ancrée dans cette menace que le projet d'ensemble fait peser sur l'existence du groupe visé. En dépit de l'atteinte similaire qu'ils renferment, il est toutefois apparu que les projets de soumission et d'oppression ne revêtaient pas la même injustice. Parce que les entreprises de soumission visent, par définition, à renverser un pouvoir équivalent, le rapport de force apparaît naturellement équilibré : chacune des parties est dotée *a priori* des mêmes capacités coercitives. Dans ces conditions, la mise en péril du groupe opposé peut trouver à se justifier, pour peu qu'elle réponde à un impératif de conservation. C'est, ainsi, dans la seule hypothèse où l'emploi de la force excède cette marge

de réaction légitime qu'il apparaît injuste et, par conséquent, illicite. À cet égard, les projets de soumission caractérisant les entreprises martiales ne sont pas criminels par nature mais criminels par réalisation. En revanche, dans le contexte d'une entreprise criminelle, le rapport de force est asymétrique, le groupe opprimé étant inoffensif. Dès lors, l'attaque conduite ne peut trouver aucune forme de justification : l'oppression du groupe est criminelle par nature.

CONCLUSION DU TITRE 1

192. La finalité des entreprises d'ensemble constitue une clef d'interprétation de l'élément contextuel des infractions internationales. Elle permet de cerner, en plein, la rationalité des processus dans lesquels s'inscrivent les crimes internationaux et, en creux, la gravité attachée à cette catégorie notionnelle.

193. Deux constantes ont pu être dégagées. La première tient à la qualité collective de la cible de la violence déployée. Il s'agit, en toutes circonstances, d'un groupe perçu comme une totalité, par l'organisation à l'œuvre. La seconde se rapporte au but recherché par les entreprises considérées. Toutes visent l'annihilation de l'existence du groupe désigné comme cible. Ces caractères génériques permettent d'ébaucher un modèle de comparaison, en vue de la qualification du contexte de l'infraction internationale : toute situation de violence, aussi dévastatrice soit-elle, échappe à cette catégorisation juridique si elle ne répond pas à ces deux critères.

194. Cette fonction qualifiante de la finalité poursuivie par l'entreprise se vérifie, par ailleurs, au sein même de la catégorie de l'infraction internationale par nature. Au fil de l'analyse successive des qualifications, les attributs spécifiques de chaque entreprise ont pu être identifiées. À ce stade, on peut livrer la définition suivante des différents contextes. D'abord, l'agression armée se présente comme une entreprise visant la domination d'une entité politique, précisément, un État souverain. Le conflit armé, ensuite, renvoie à une entreprise de soumission mutuelle de deux ou plusieurs groupes sociaux. L'entreprise criminelle contre l'humanité se conçoit, quant à elle, comme l'oppression d'une collectivité composée de civils, peu important le critère fondant la cohésion du groupe (une identité nationale, sociale, religieuse, une identité positive ou négative, une affiliation politique ; il n'est aucune limite à la qualification). Enfin le génocide couvre la destruction matérielle d'une collectivité discriminée à partir de son identité nationale, ethnique, raciale ou religieuse. Ces différentes caractéristiques servent l'articulation des différentes qualifications internationales : elles doivent permettre de déterminer sous quel élément contextuel il convient de subsumer une situation donnée.

195. Ainsi la finalité poursuivie par l'entreprise est-elle doublement déterminante et doit, par conséquent, être rigoureusement appréhendée. Pour autant, cette condition n'épuise pas la définition de l'élément contextuel de l'infraction internationale. En effet, il ne suffit pas de constater l'existence d'une organisation structurée autour d'un tel projet pour qualifier la situation contextuelle. Encore faut-il que ledit projet soit mis en œuvre, ce qui invite à passer à l'appréciation de la matérialité de l'entreprise d'ensemble.

TITRE 2. LA MATÉRIALITÉ DE L'ENTREPRISE D'ENSEMBLE

196. Nécessaire mise en œuvre du projet d'atteinte au groupe. – Aussi essentielle soit-elle, la condition tenant à l'existence d'un projet visant l'annihilation d'une entité collective n'est jamais suffisante. Ce projet doit avoir reçu une traduction matérielle pour que l'élément contextuel de l'infraction internationale soit caractérisé. Cette exigence n'est guère étonnante : elle découle d'une règle bien établie en droit pénal, en vertu de laquelle il n'y a jamais d'infraction punissable sans manifestation extérieure de la volonté[566]. En effet, la loi pénale incrimine toujours un comportement, une conduite, une attitude. Le principe de nécessité des incriminations explique qu'il en soit ainsi[567]. Puisque « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* »[568], l'incrimination doit, nécessairement, trouver sa cause dans l'atteinte d'un bien juridique protégé pour être légitime. Ainsi, seules les conduites pourvues d'un contenu offensif, c'est-à-dire les conduites à même d'engendrer cette atteinte dans laquelle est fondée la légitimité de l'incrimination, peuvent valablement être incriminées[569]. Or, la simple résolution criminelle, même reprochable, est par nature insusceptible de modifier le monde sensible ; tant qu'elle n'est pas extériorisée dans un comportement matériel, elle reste sans effet sur le cours des choses, de sorte qu'elle ne peut être considérée comme une cause de l'atteinte dans laquelle est fondée l'incrimination. On comprend alors que tant que le projet d'ensemble n'a pas été mis en œuvre, le péril qu'il fait peser sur l'existence du groupe n'existe qu'à l'état de potentialité, si bien que la criminalisation de la situation n'apparaît pas nécessaire. C'est la raison pour laquelle le but projeté par l'entreprise doit avoir été mis à exécution, car le péril au

---

566 R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, *op. cit*, p. 610 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°431 ; B. BOULOC et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Dalloz, Sirey, 21ème éd., 2018, n°159.

567 On fait classiquement remonter le principe de nécessité des incriminations à la philosophie des Lumières et plus, encore, aux réflexions de Cesare BECCARIA dans son traité *Des délits et des peines*. Dans ce dernier ouvrage, Beccaria conçoit déjà le droit de punir comme une prérogative justifiée par la préservation de l'ordre social, qui doit rester exceptionnelle. Il énonce, ainsi, que « *tout acte d'autorité d'homme à homme qui ne dérive pas d'une nécessité absolue est tyrannique. Le droit qu'a le souverain de punir les délits est donc fondé sur la nécessité de défendre contre les usurpations particulières le dépôt constitué pour le salut public* ». Ce principe a reçu une traduction dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont l'article 5 dispose que « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* », et son article 8 que « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* »
Sur les figures du principe de nécessité en droit pénal, v. R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité* organisée, *op. cit*., n°197-208 ; O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », *Actes de la journée d'études radicale : le principe de nécessité en droit pénal*, dir. O. Cahn et K. Parot, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012 , Lextenso, 2013, pp. 19-27.

568 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, art. 5.

569 R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée*, *op. cit.*, n°240 : « *plus que le bien juridique, c'est l'atteinte à celui-ci qui fonde l'intervention du droit pénal* », étant entendu que « *l'atteinte peut consister en un acte ne causant pas directement dommage à la valeur/bien protégé* ». Il faut en effet distinguer l'atteinte et sa consistance : dire que l'infraction doit présenter un contenu offensif signifie que le comportement incriminé doit entretenir un rapport de causalité certain avec l'atteinte d'un bien juridique protégé. Cela étant, la répression de cette atteinte peut aussi bien intervenir en amont (infraction formelle) qu'en aval (infraction matérielle) de la réalisation effective de cette atteinte. Sur la distinction des infractions formelle et matérielle eu égard à leur résultat, v. *supra*, n.b.p. n°441.

fondement de la notion d'infraction internationale trouve, alors, une concrétisation venant légitimer l'intervention du droit international pénal.

197. Modalités de mise en œuvre du projet d'atteinte au groupe. – Pour autant, tout acte extériorisant le projet d'atteinte au groupe ne tombe pas dans le giron de la notion d'infraction internationale par nature. Les textes d'incriminations posent en effet deux conditions assortissant la mise en œuvre du projet d'ensemble : il faut, d'une part, qu'elle soit conduite par un *collectif organisé* et, d'autre part, qu'elle présente un caractère *massif*, c'est-à-dire qu'elle doit s'être soldée par la réalisation d'importants dommages humains et matériels. Ces deux critères sont volontiers présentés comme les marqueurs de la criminalité internationale par nature, ce qui n'est pas surprenant: dans les faits, les processus martiaux et criminels considérés se caractérisent invariablement par de tels attributs. Mais cette représentation, appuyée sur l'observation empirique des évènements saisis par la notion d'infraction internationale doit-elle trouver une transcription juridique ? L'ancrage de ces conditions dans le réel ne suffit pas à asseoir leur bien-fondé et l'enjeu de la qualification est tel qu'il apparaît nécessaire de s'interroger sur la pertinence de ces deux critères. Autrement dit, toute la question est de savoir si le « donné social » doit ressurgir dans le « construit juridique ». Pour y répondre, il convient de passer les exigences identifiées à l'épreuve du principe de nécessité des incriminations, en commençant par la dimension collective de l'entreprise (**Chapitre 1**) et en poursuivant par sa dimension massive (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La dimension collective de l'entreprise d'ensemble

198. Dimension collective de la criminalité internationale par nature. – Les entreprises dans lesquelles s'insèrent les infractions internationales par nature sont intuitivement associées à une dynamique criminelle collective. Cela vaut d'abord pour les entreprises martiales. Il est ainsi largement acquis que « *la guerre est au corps social ce qu'est la violence aux individus* »[570]. La dimension collective du recours à la force armée est en effet tenue pour consubstantielle au fait de guerre et jamais l'action d'un individu isolé, quand bien même elle poursuivrait la finalité typique des entreprises martiales[571], ne viendrait à être pensée comme relevant du concept de guerre. Cette perception sociale s'applique également aux processus d'oppression caractérisant les infractions de crime contre l'humanité et de génocide. L'implication collective d'un grand nombre de participants, actifs ou passifs, dans la perpétration du crime, est perçue comme un attribut naturel des entreprises criminelles[572]. L'histoire explique qu'il en soit ainsi : par-delà la diversité des situations historiques et politiques dans lesquelles se sont intégrés les massacres du XXème siècle, toutes les entreprises considérées ont toujours été conduites collectivement.

199. Dimension organisée de la criminalité internationale par nature. – Toutefois, la dimension collective de ces entreprises ne suffit pas à démarquer la notion d'infraction internationale. Preuve en est que d'autres formes de criminalités, par exemple la criminalité de foule[573], répondent à ce modèle, sans pour autant correspondre à celui des infractions internationales[574]. Loin de consister en une simple juxtaposition d'actions convergentes, les

---

[570] M.-F. FURET, J.-C. MARTINEZ et H. DORANDEU, *La guerre et le droit*, Paris, Pedone, 1979, p. 6. Carl Von Clausewitz, l'un des premiers théoriciens de la guerre ne disait pas autre chose lorsqu'il affirmait que *« la guerre n'est rien d'autre qu'un duel amplifié* » : C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, *op. cit*., p. 19.

[571] Soit la soumission d'un groupe armé organisé.

[572] O. BEAUVALLET (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, Berger Levrault, 2017. – « crime de masse »

[573] E. BARON, *La coaction en droit pénal*, Thèse, Bordeaux, 2012, n°16 : La criminalité de foule correspond à la situation où un « *groupe d'individus se retrouve, de manière fortuite, à commettre des infractions (comme des pillages lors d'une manifestation par exemple)* ». La dimension collective du phénomène saisi est alors purement circonstancielle puisqu'elle résulte de la seule simultanéité des différents crimes commis.

[574] Y. MAYAUD, « Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé – France », préc., p. 793 et s. recense, dans son étude, les différentes manifestations de la délinquance de groupe qu'il classe en trois catégories : la juxtaposition, qui correspond aux hypothèses où « *plusieurs personnes interviennent lors de la commission d'une infraction mais sans que leur présence simultanée participe pour autant d'une entente préalable ou d'un plan concerté* » (p. 794) ; la connivence qu'il définit comme « *une délinquance volontaire à plusieurs, mais qui se manifeste de façon ponctuelle, pour la réalisation d'un projet isolé, sans avoir l'importance d'une entreprise très structurée ayant vocation à la permanence* » (p. 796) ; et enfin l'organisation qu'il présente comme « *le mode le plus complet de participation collective à la préparation ou à la réalisation des infraction*s » (p. 800). C'est au sein de cette dernière catégorie qu'il situe le modèle criminologique des crimes contre l'humanité et du génocide, qu'il rattache précisément au modèle de la concertation qu'il définit comme une « *action collective associant à un projet commun plusieurs intervenants* » (p. 805). Les crimes de guerre et le crime d'agression pourraient également

entreprises considérées se présentent comme des processus concertés, au sens où chaque participant s'associe avec les autres aux fins de l'obtention du but projeté.

200. Organisation des collectifs belligérants. – Cette organisation de l'activité collective se vérifie avant toute chose relativement au concept de guerre. Toute entreprise belliqueuse n'est jamais que le prolongement d'une dissension politique opposant des groupements entre eux ; elle survient quand les aspirations respectives de collectivités distinctes interfèrent au point que l'assouvissement de l'une ne peut s'opérer qu'au détriment de l'autre. Parce qu'elle est ainsi la « *continuation de la politique par d'autres moyens* »[575], la guerre appelle nécessairement l'engagement d'un collectif d'individus capables de parler d'une seule voix et de se proposer des fins communes. Par la force des choses, elle ne peut donc être conçue qu'à l'endroit de groupements socialement structurés. À cela s'ajoute que le succès escompté ne repose pas sur la seule force des armes : la réalisation de ce dessein d'ensemble appelle une technique d'action concertée, une habileté collective à s'adapter aux circonstances et à la résistance opposée par le groupe adverse. C'est dire que, par sa nature même, la guerre engage des collectifs dont l'organisation est consolidée.

201. Organisation des collectifs criminels. – La dynamique des entreprises criminelle contre l'humanité et génocidaire répond au même schéma. Les campagnes de persécution et d'extermination menées par le Gouvernement nazi au cours de la seconde guerre mondiale constituent sans nul doute la première illustration de la rationalisation de l'action collective. L'ensemble des moyens étatiques, humains et matériels, avait été agencé en sorte de permettre la réalisation des ambitions criminelles du régime, ce qui a d'ailleurs conduit à ce que ces crimes internationaux soient conceptualisés comme une « *criminalité de système* »[576]. Il faut toutefois se garder d'ériger cet exemple historique en paradigme. Le degré de structuration atteint par le collectif ne doit pas être appréhendé trop strictement : pas plus que le projet poursuivi n'induit l'existence d'un programme précis d'action, la synergie collective ne repose sur un modèle hiérarchique rigide. Les études sociologiques menées sur la question mettent en effet en lumière le fait qu'une certaine marge d'autonomie est laissée aux différents participants de l'entreprise : « *les buts généraux sont fixés par les chefs tandis que les détails spécifiques de leur implication sont laissés à l'initiative locale* »[577]. C'est, en somme, à l'aune de l'interaction existant entre les différents membres du groupement qui conjuguent leurs efforts, à la hauteur de leurs moyens respectifs, pour parvenir à réaliser le dessein qui leur est commun, que doit se concevoir le caractère organisé du collectif. Interaction dont le principe peut être éclairé par cette déclaration

---

y figurer en ce sens que le recours à la force armée est collectif et poursuit la réalisation d'un projet commun dont l'objet est la soumission de l'ennemi.

[575] C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, *op. cit.*, p. 43.

[576] La notion de système criminel aurait été proposée pour la première fois par B.V.A. RÖLING, « The law of war and the national jurisdiction since 1945 », *RCADI*, vol. 100, 1960, p. 347 et s.

[577] J. SEMELIN, *Purifier et détruire – Usages politiques des massacres et génocides*, *op. cit.*, p. 308.

que l'on attribue à Goebbels :« *Que chacun joue de son instrument, pourvu qu'il joue de la même musique* ».

202. Traduction dans la définition juridique des infractions. – Dans l'ensemble, les textes d'incrimination des infractions internationales retranscrivent fidèlement cette réalité sociologique des entreprises martiales et criminelles. Que l'on raisonne sur le crime d'agression, le crime de guerre ou le crime contre l'humanité, la qualification de l'infraction requiert que le projet d'atteinte à l'existence du groupe ait été poursuivi par une *organisation*. L'incrimination du génocide se distingue néanmoins sur ce point, en ce qu'elle ne fait aucunement valoir cet aspect collectif du processus de destruction. Elle fait ainsi figure d'exception au sein de cette catégorie infractionnelle et sera, par conséquent, traitée à part, car ce n'est qu'une fois les tenants et aboutissants de cette condition d'organisation cernés (**Section 1**) que son absence au sein de l'incrimination du génocide pourra être pleinement appréciée **(Section 2).**

Section 1. La nécessaire mise en œuvre de l'entreprise par une organisation

203. Capacité à mettre en péril le groupe ciblé. – « *Pour tuer un homme, la haine suffit. Pour en tuer un million, une organisation est nécessaire* »[578]. En effet, l'ampleur du projet poursuivi par les entreprises martiales et criminelles présuppose une certaine organisation collective, sans quoi l'accomplissement du dessein d'ensemble apparaît illusoire. Or, cette capacité à mener à bien le projet illicite est essentielle. Elle constitue, d'abord, un prérequis de fait à la criminalité internationale puisqu'à défaut d'aptitude à réaliser le projet, aucune entreprise ne pourra vraisemblablement voir le jour. Mais elle est ensuite, et surtout, indispensable sur le plan juridique. Cet élément de capacité assoit en effet l'« offensivité » du comportement infractionnel, dans laquelle est ancrée la nécessité de l'incrimination : puisque seule la préservation impérieuse d'un intérêt fondamental de l'ordre social peut justifier l'intervention du droit pénal, il s'ensuit que l'incrimination d'un comportement ne peut être justifiée que s'il est à la source certaine du dommage – l'atteinte à cet intérêt social – que l'on assortit de la menace d'une peine[579]. L'atteinte caractérisant l'infraction internationale

[578] F. BOUCHET-SAULNIER et F. LAFFONT, *Maudits soient les yeux fermés*, Paris, J.-C. Lattès, 1995.

[579] R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée*, *op. cit.*, n°240. Causalité *certaine* ne veut pas dire causalité effective : un comportement peut être incriminé pour son potentiel dommageable, c'est-à-dire, en considération de la menace qu'il fait peser sur le bien juridique protégé. Ce modèle renvoie à la catégorie des infractions formelles, à laquelle appartient la notion d'infraction internationale (v. *supra*, n°167). Dans ce cas, la réalisation de l'atteinte au bien juridique n'est pas une condition de la répression de l'infraction (pas de causalité effective), mais son incrimination n'en demeure pas moins fondée dans la propension du comportement considéré à causer l'atteinte redoutée (causalité certaine). En d'autres termes, c'est parce que le comportement apparaît de nature à générer le dommage redouté que son incrimination se montre nécessaire. Sur la causalité dans les infraction formelles, v. J.-C. SAINT-PAU, « Les causalités dans la théorie de l'infraction », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques Henri-Robert*, LexisNexis, 2012, n°28.

s'entendant de la mise en péril d'une entité collective, il est donc impératif que l'entreprise conduite soit *de nature* à compromettre la survie du groupe visé.

204. Identification des organisations. – Cette exigence de capacité est ancrée dans la condition d'organisation. Étant postulé que seuls les collectifs à même d'agir de façon coordonnée peuvent être en mesure de conduire de telles entreprises, la qualification des infractions internationales a toujours requis que le groupe à l'œuvre fasse état d'une certaine structuration. L'appréhension de ce critère a cependant évolué au fil de la construction du droit international pénal. Dans un premier temps, seules les structures étatiques étaient considérées (§1). Mais il a rapidement été perçu que d'autres types de groupements pouvaient tout aussi bien se livrer à des entreprises martiales ou criminelles, de sorte que la notion d'infraction internationale a été étendue aux activités des organisations privées, dans un second temps (§2).

§1. Une organisation étatique

205. L'État, acteur de référence de la criminalité internationale par nature. – Dans l'imaginaire collectif, la criminalité internationale par nature est l'expression d'un abus de souveraineté. L'implication des gouvernements nazis et tokyoïtes dans les guerres et massacres ayant conduit à la consécration du droit des infractions internationales expliquent, aisément, cette représentation commune. Mais au-delà de cette réalité historique, le rattachement de l'infraction internationale à la figure de l'État s'explique par le pouvoir suprême dont il est pourvu : la puissance régalienne postule en effet une capacité à mettre en œuvre des campagnes destructrices de grande ampleur. Aussi, il a toujours été admis que les entreprises martiales (A) et criminelles (B) puissent être le fait d'une organisation étatique.

A. La mise en œuvre des entreprises martiales

206. L'État, acteur de référence des entreprises martiales. – La définition juridique de l'agression armée et du conflit armé établit, très clairement, que l'emploi de la force armée par un État caractérise ces deux éléments contextuels (1). Mais une chose est de poser cette règle, une autre, de la mettre en œuvre. Se pose, alors, incidemment, la question de l'imputation de l'entreprise armée à un État (2).

1- La participation d'un État à la réalisation de l'entreprise martiale

207. L'État, premier acteur des entreprises martiales. – La guerre a longtemps été appréhendée comme un attribut premier – et essentiel – de la souveraineté[580]. Tous les États,

[580] R. KOLB, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, *op. cit.*, p. 194. V. aussi

mais seuls les États, pouvaient décider d'entrer en guerre et ainsi de déclencher cet état d'exception dans les relations internationales : ce droit participait du pouvoir souverain, réputé suprême et absolu.

Si la criminalisation du déclenchement et de la conduite de la guerre montre que l'usage de la force étatique n'est plus appréhendé comme un *droit* inhérent aux pouvoirs régaliens, l'État demeure l'acteur de référence de telles entreprises armées. Preuve en est que les instruments de droit international réglementant les hostilités s'adressent essentiellement aux États[581] et que les définitions de l'agression armée et du conflit armé, en droit international pénal, ont toujours érigé l'État en acteur du rapport de force considéré.

208. Capacité à mettre en œuvre le projet martial. – La caractérisation de l'agression armée et du conflit armé à l'endroit d'un exercice étatique de la force armée n'a, en effet, jamais suscité de discussions. Cette solution est depuis toujours postulée ; ni la jurisprudence, ni la doctrine, ne se sont donc attardées à la justifier. Certaines remarques incidentes permettent néanmoins de saisir le fondement explicatif de cette règle bien ancrée. Dans l'affaire *Haradinaj*, le TPIY a notamment mis en relief « *le principe selon lequel il ne peut y avoir de conflit armé que si les parties sont suffisamment organisées pour s'affronter avec des moyens militaires* » avant de préciser que « *les autorités étatiques sont présumées disposer de forces armées remplissant cette condition* »[582]. Cette observation permet de comprendre que la qualification des conflits armés repose sur un critère de capacité militaire : les parties doivent être en mesure de mener à bien la soumission de l'adversaire recherchée pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un tel contexte. Seulement, cette exigence n'a pas à être vérifiée, lorsque la lutte oppose des États entre eux, la capacité coercitive de ces entités étant présupposée compte tenu de l'importance des moyens militaires dont elles disposent. Cette interprétation s'applique pareillement à l'agression armée. Les débats relatifs à l'éventuelle ouverture du champ notionnel de l'agression à des groupements privés montrent, en effet, que la question principale tient au fait de savoir si de telles entités sont en capacité d'utiliser la force *au même degré que les États*[583]. Si ce raisonnement confirme que l'aptitude à mener à bien l'entreprise armée est au

---

Pour plus de références sur ce point, v. V.-M. METANGMO, *Le crime d'agression : recherches sur l'originalité d'un crime à la croisée du droit international pénal et du droit international du maintien de la paix*, Thèse, Lille II, 2012, pp. 368-271.

[581] Les Conventions internationales réglementant la conduite de la guerre s'adressent aux *Hautes parties contractantes* c'est-à-dire, aux *États* signataires de ces instruments. V. par. ex. le préambule de la quatrième Convention de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, du 18 octobre 1907 : *« les Hautes Parties contractantes, ces dispositions, dont la rédaction a été inspirée par le désir de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités militaires le permettent, sont destinées à servir de règle générale de conduite aux belligérants, dans leurs rapports entre eux et avec les populations* ». V. également les art. 1 et 2 communs aux Conventions de Genève du 12 août 1949 ainsi que les préambules des Protocoles additionnels à ces dernières Conventions, du 8 juin 1977.

[582] TPIY, *Affaire le Procureur c. Haradinaj*, jugement (IT-04-84-T), ch. prem. inst., 3 avr. 2008, n°60 (ci-après : « jugement *Haradinaj* »).

[583] R. KOLB, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, *op. cit*., p. 240.

fondement de la qualification de l'agression, il révèle, plus encore, que cette aptitude est tenue pour acquise s'agissant des États.

209. Capacité à mettre en péril le groupe ciblé. – Même si la pertinence pratique du critère de capacité militaire est limitée, compte tenu de la présomption applicable, celui-ci n'en est pas moins éclairant, sur un plan théorique. En soi, exiger que l'organisation martiale soit en mesure de mener à bien le projet de soumission qu'elle poursuit revient à requérir que l'entreprise armée en question soit à même de mettre en péril l'existence du groupe visé. Derrière cette condition se profile, ainsi, le principe de nécessité des incriminations : il en ressort, en effet, que le droit international pénal n'a vocation à intervenir que si le recours à la force fait peser une menace réelle sur l'intérêt protégé. Mais cette exigence trouve également tout son sens, lorsqu'on la met en parallèle avec le régime d'exception que constitue le droit des conflits armés. Comme on l'a vu, la licéité du recours à la force, dans le contexte d'un conflit armé, découle d'un impératif de conservation des parties[584]. Chacune d'entre elles étant exposée à un péril, du fait de son engagement dans les hostilités, il leur est concédé un droit de réaction dans l'adversité : dès lors qu'il en va de la survie du groupe, les atteintes perpétrées à l'encontre de l'adversaire vont pouvoir être légitimées, à condition, toutefois, qu'elles aient été nécessaires et proportionnées[585]. On comprend alors que le bénéfice de cette justification ne puisse être concédé que si l'existence des parties au conflit est effectivement compromise. C'est la raison pour laquelle l'appréciation de la capacité militaire du groupe armé se révèle essentielle : à défaut, c'est-à-dire dans l'hypothèse où il apparaîtrait que le groupement n'est de toute façon pas de taille à mener à bien son entreprise de soumission, son adversaire ne ferait face à aucune menace réelle. Dans de telles conditions, l'usage de la force ne revêtirait plus les caractères d'un acte de sauvegarde nécessaire, à défaut de péril existant, de sorte que le bénéfice de la justification militaire perdrait toute raison d'être.

210. Conclusion. – Le critère de capacité militaire est essentiel. Il permet non seulement de comprendre les ressorts de la qualification du crime d'agression et du crime de guerre et, plus encore, de saisir pourquoi la caractérisation de ces éléments contextuels va de soi lorsque les opérations armées sont conduites par un État. En réalité, c'est simplement que la capacité de ces entités à mettre en péril le groupe pris pour cible fait l'objet d'une présomption bien établie. Mais au-delà de ces considérations théoriques, se pose la question de savoir comment imputer, en pratique, la réalisation de l'entreprise martiale à l'État.

[584] V. *supra*, n°182.
[585] V. *supra*, n°183 et *infra*, n°408.

2- L'imputation de l'entreprise martiale à l'État

211. Pluralité de situations envisageables. – L'État étant une fiction juridique, il ne peut, en tant que tel, participer à la mise en œuvre d'un projet martial. Derrière cette entité, c'est nécessairement le comportement de ses organes qui est visé[586]. La question est donc la suivante : dans quelles situations le recours à la force peut-il être attribué à l'État aux fins de la qualification des contextes de conflit armé et d'agression armée ?[587] Il faut à cet égard distinguer deux hypothèses, selon que l'entreprise armée est conduite par des forces étatiques (a) ou des groupes armés privés (b).

a- La mise en œuvre de l'entreprise par les forces armées étatiques

212. Principe. – La situation la plus simple est celle dans laquelle l'entreprise martiale est conduite par les forces armées régulières, c'est-à-dire les combattants des armées nationales. Dans ce cas, l'imputation de l'usage de la force à l'État ne pose en effet aucune difficulté : elle découle du rattachement organique des acteurs du rapport de force à l'entité souveraine.

Cette règle, largement acquise, ne suscite aucune discussion et s'applique tant pour les conflits armés, que pour l'agression armée. Dans le jugement *Lubanga*, la jurisprudence de la CPI a pris le soin de la formaliser, en énonçant qu'« *un conflit armé international existe dès lors que des hostilités armées opposent des États à travers leurs armées respectives* »[588]. Pour ce qui concerne l'agression armée, cela ressort explicitement des dispositions du texte d'incrimination. Si l'acte d'agression est génériquement défini comme « *l'emploi par un État de la force armée* »[589], le texte établit, par ailleurs, que cette situation se caractérise par toute sorte d'offensives réalisées « *par les forces armées d'un État* »[590].

213. Limite. – Cette mécanique d'imputation pourrait toutefois être neutralisée dans un cas particulier, à savoir celui où les unités armées agiraient pour leur propre compte, sans représenter, ce faisant, leur État de rattachement. Comme le souligne un auteur, il faut que « *les forces en présence agissent réellement pour le compte de leur État d'origine* », ce qui n'est pas le cas « *si le rapport conflictuel ne se produit qu'entre éléments incontrôlés de deux États différents* »[591]. Cela pourrait être le cas, par exemple, dans l'hypothèse d'une rébellion des forces armées. Le statut des forces en présence n'établit donc pas une présomption absolue

---

[586] M. KAMTO, *L'agression en droit international*, Paris, Pedone, 2010, n°138.
[587] Il n'est pas question ici de raisonner sur l'engagement de la responsabilité internationale de l'État à raison des actes commis par ses organes. Il s'agit simplement d'identifier les conditions auxquelles l'emploi de la force armée est réputé présenter un caractère étatique dans le cadre de la constitution des éléments contextuels des infractions de crime de guerre et de crime d'agression.
[588] CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°541 ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1177.
[589] Art. 8 *bis* al. 2 du Statut de Rome.
[590] V. les paragraphes a, b, c, d et e) de l'article 8 *bis* al. 2 du Statut de Rome.
[591] E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, n°1.99, p. 171.

d'implication de l'État dans les opérations entreprises. Encore faut-il être certain que les militaires en cause agissaient au nom de cette entité pour qu'elle puisse se voir attribuer les actions réalisées. En somme, plus que le statut des acteurs du rapport de force, c'est en réalité la *représentation de l'État dans l'action* qui détermine son imputation, ce qui explique par ailleurs qu'il puisse se voir attribuer des opérations conduites par des groupements privés.

b- La mise en œuvre de l'entreprise par des groupes armés privés

214. Représentation de l'État dans l'action. – L'imputation d'une offensive armée à un État peut être autrement envisagée lorsque les opérations sont conduites par des groupements armés privés. Cette hypothèse est explicitement admise par le Statut de Rome, s'agissant du crime d'agression, le texte d'incrimination de cette infraction établissant que « *l'envoi par un État ou au nom d'un État de bandes, groupes, troupes irrégulières ou mercenaires armés qui exécutent contre un autre État des actes assimilables à ceux de forces armées* »[592] caractérise un acte d'agression. De même, la jurisprudence pénale internationale retient qu'un conflit armé international existe lorsque des hostilités opposent des États à travers leurs forces régulières ou « *à travers d'autres acteurs agissant en leur nom* »[593]. Ainsi, peu importe le statut officiel des factions armées en présence. Il suffit qu'elles agissent, de fait, pour le compte d'un État, pour que les opérations réalisées puissent être attribuées à ce dernier.

215. Critère de la représentation étatique dans le contexte d'un conflit armé. – La preuve de cette représentation de fait peut être rapportée en établissant le contrôle exercé, par l'État, sur les opérations réalisées. La jurisprudence du TPIY a précisé cette condition, relativement à la question de la qualification des conflits armés internationalisés. Dans un premier temps, les juges se sont retranchés derrière les conclusions de la Cour internationale de Justice[594] pour considérer que le contrôle étatique devait être effectif. Le critère posé est exigeant, puisqu'il suppose que l'État ait exercé la direction et le commandement des opérations militaires conduites par les groupements armés privés[595]. La Chambre d'appel du TPIY s'est affranchie de cette analyse, considérant que « *le critère [du contrôle effectif] n'est pas*

[592] Art. 8 *bis* al 2, g) du Statut de Rome.
[593] CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°541 ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1177.
[594] CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, *C.I.J. Recueil* 1986. Dans cet arrêt, la question était de savoir si les offensives menées par des groupes paramilitaires pouvaient être imputées aux États-Unis. Pour la CIJ, cela supposait que les liens entre les *contras* et le Gouvernement des États-Unis soient « *à tel point marqués par la dépendance d'une part et l'autorité de l'autre qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les contras à un organe du Gouvernement des États-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce gouvernement* » (n°109). Poursuivant, elle relève ainsi que *« pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le* <u>*contrôle*</u> *effectif des opérations militaires et paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites »* (n°115).
[595] TPIY, jugement *Tadić,* préc., n°595 et n°600.

convaincant »[596]. Elle estima que le degré de contrôle requis ne devait pas être enserré dans un carcan trop étroit, mais qu'il convenait, plutôt, de l'apprécier à la lumière des particularités propres à chaque affaire et, plus précisément, au regard du degré d'organisation présenté par les acteurs du rapport de force. Par-là, la Chambre invitait à distinguer deux cas de figure.

Dans l'hypothèse où la force armée serait employée par « *un particulier isolé ou un groupe qui n'est pas militairement organisé* »[597], la Chambre estima que le critère du contrôle effectif pouvait trouver à s'appliquer. Pour déterminer si de tels acteurs ont agi en qualité d'organes de fait d'un État, il apparaît alors nécessaire de vérifier que l'État a donné des instructions spécifiques en vue de la réalisation des opérations ou qu'il les a avalisées, ou approuvées, *a posteriori*.

En revanche, dans le cas où l'emploi de la force émane de « *forces armées, milices ou d'unités paramilitaires* »[598], c'est-à-dire de groupes dont l'organisation armée est avérée[599], un contrôle global de l'État sur les actions entreprises doit alors suffire à assimiler lesdites unités armées à des organes de fait de l'État. Dans ces conditions, le degré de contrôle requis est plus souple. Il est atteint dès que l'État « *joue un rôle dans l'organisation, la coordination ou la planification des actions militaires du groupe militaire, en plus de le financer, l'entraîner, l'équiper ou lui apporter son soutien opérationnel* »[600], sans qu'il ne soit plus nécessaire de constater l'émission d'ordres spécifiques en provenance des autorités étatiques ou la participation de ces dernières à la direction des actions entreprises.

Cette solution a été largement suivie par la jurisprudence postérieure[601], y compris par celle de la CPI[602]. Il est désormais pleinement acquis que toute faction armée agissant sous le contrôle global d'un État peut être identifiée comme un de ses organes de fait.

216. Critère de la représentation étatique dans le contexte d'une agression armée. – Il demeure, toutefois, la question de savoir si l'imputation aux États d'un acte d'agression réalisé par des groupes armés privés répond au même critère. Cette question est pour l'instant

---

[596] TPIY, *Affaire le Procureur c. Tadić*, arrêt d'appel (IT-94-1-A), ch. d'appel, 15 juillet 1999, n°115 (Ci-après : « arrêt *Tadić* »). La chambre d'appel ira jusqu'à remettre en question l'adéquation de ce critère avec la logique même du système de la responsabilité des États en droit international public.
Ce critère avait déjà été critiqué par la juge McDonald dans son Opinion individuelle annexée au jugement rendu par la chambre de première instance où elle concluait à l'inadéquation du critère du contrôle effectif à l'espèce de l'affaire *Tadić*. V. *Opinion individuelle et dissidente du Juge McDonald relative à l'applicabilité de l'article 2 du statut jointe au jugement Tadić*, préc., n°26-33. Pareillement, dans l'affaire *Čelebići*, les juges de première instance ont considéré qu'il était malvenu de transposer ce critère dégagé par la CIJ aux affaires intéressant les juridictions pénales internationales. v. TPIY, *Le procureur c. Delalić, Mucić, Delić et Landžo*, IT-96-21-T, Ch. prem. inst., jugement, 16 nov. 1998, n°230-231 (ci-après : « jugement *Čelebići* »).
[597] TPIY, arrêt *Tadić*, n°137.
[598] *Ibid*.
[599] Sur la notion de groupe armé organisé et les critères auxquels répond cette qualification, v. *infra*, n°229 et s.
[600] TPIY, arrêt *Tadić*, n°137.
[601] V. not. : TPIY, jugement *Blaskić*, préc., n°100 ; TPIY, arrêt *Kordić et Čerkez*, préc., n°299-313 ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Aleksovski*, arrêt d'appel (IT-95-14/1-A), ch. d'appel, 24 mars 2000, n°120-134 (Ci-après : « arrêt *Aleksovski* »). Pour une application aux faits, v. TPIY, jugement *Brđanin*, préc., n°144-148.
[602] CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°541 ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1178.

irrésolue, le Statut de Rome ne fournissant aucune indication à ce sujet et la CPI n'ayant encore jamais eu à interpréter le crime d'agression.

Le profond ancrage de cette infraction dans le droit international public pourrait bien compromettre l'admission du critère du contrôle global en la matière. En effet, si la CPI en venait à entériner cette condition d'imputation, elle se retrouverait alors en opposition avec la CIJ qui exige, quant à elle, un contrôle effectif de l'État sur les offensives conduites, pour qu'elles puissent être assimilées à un fait étatique. Or, une telle discordance emporterait certaines contradictions difficilement surmontables. Là où la CIJ exclurait tout acte d'agression, à défaut de contrôle effectif de l'État sur les activités des groupes privés, la CPI pourrait quant à elle admettre son existence pour peu qu'un contrôle global ait été exercé. Il s'ensuit que la responsabilité pénale du dirigeant de l'État en cause pourrait être engagée du chef de crime d'agression, pour avoir participé à la réalisation d'une offensive insusceptible d'être qualifiée de la sorte au plan international. Les responsabilités pénale et internationale sont, pourtant, fortement enchevêtrées : derrière la condamnation de ses dirigeants, c'est en effet la conduite de l'État lui-même qu'on réprouve. La dissociation de ces deux responsabilités semble, dès lors, inopportune.

Les règles régissant la compétence de la CPI quant au jugement du crime d'agression confirment, d'ailleurs, la forte imbrication des systèmes de responsabilité internationale et pénale. La saisine de la CPI est en effet conditionnée par l'appréciation de la situation effectuée par le Conseil de sécurité des Nations unies. Les dispositions applicables prévoient, notamment, que le Procureur doit s'assurer que le Conseil de sécurité a constaté qu'un acte d'agression a été commis par l'État en cause pour pouvoir ouvrir une enquête à ce sujet[603]. De même, il est prévu que le Conseil peut s'opposer à l'ouverture d'une enquête par le procureur[604]. En réalité, seule une prévision tend à conférer à la CPI une certaine autonomie, à savoir celle énonçant que « *le constat d'un acte d'agression par un organe extérieur à la Cour est sans préjudice des constatations que fait la Cour elle-même en vertu du présent statut* »[605]. Mais la portée de cette marge d'appréciation reconnue à la Cour est en réalité limitée. Elle établit seulement que la Cour peut nier l'existence d'un acte d'agression armée là où une autre instance aurait admis la solution inverse. Toute forme d'interprétation *a contrario* étant proscrite, on ne peut en déduire une quelconque autorisation pour la Cour à établir l'existence d'un acte d'agression qui aurait été réfutée par ailleurs, à défaut de prescription explicite en ce sens. Il apparaît, au contraire, à la lecture de ces articles que les responsabilités internationale et pénale sont intimement liées, ce qui laisse supputer un alignement du critère applicable en droit international pénal sur celui que retient le droit international public. Selon cette logique, c'est donc le critère du contrôle effectif qui devrait être consacré. Si une telle solution aurait le mérite de préserver la cohérence de la notion d'agression, il reste qu'elle viendrait rompre l'unité du régime applicable aux

[603] Art 15 *bis* al. 6 et 7 du Statut de Rome.
[604] Art. 15 *bis* al. 8 du Statut de Rome.
[605] Art. 15 *bis* al. 9 et 15 *ter* al. 4 du Statut de Rome.

entreprises martiales, puisque leur caractère étatique répondrait alors à différents critères selon la qualification envisagée.

217. Transition. – En tout état de cause, il est clair que la mise en œuvre de l'entreprise martiale par un État satisfait la qualification des éléments contextuels du crime d'agression et du crime de guerre, ce qui est également le cas s'agissant du crime contre l'humanité.

B. La mise en œuvre de l'entreprise criminelle contre l'humanité

218. Participation de l'État à la réalisation du projet criminel contre l'humanité. – Étant admis qu'aucun individu ne peut être en mesure d'opprimer une population civile à lui seul, il a très vite été affirmé que les actes inhumains commis devaient pouvoir être rattachés à un système criminel global pour recevoir la qualification de crime contre l'humanité. Cette circonstance est sans conteste vérifiée quand l'entreprise criminelle est conduite par les autorités étatiques. Cette solution exposée (1), il restera alors à préciser les conditions auxquelles l'oppression de la population civile peut être imputée à l'État (2).

1- La participation d'un État à la réalisation de l'entreprise criminelle

219. Élément historique. – L'*occasio legis* du crime contre l'humanité lui a valu d'être conçu, du moins à l'origine, comme un crime d'État. Créée en réaction aux exactions et persécutions perpétrées au cours de la seconde guerre mondiale, l'infraction était vouée à saisir un phénomène criminel dont la spécificité n'était pas réductible à sa seule massivité. Plus que l'ampleur des atteintes réalisées, le fait qu'elles aient été promues par un régime politique en constituait le trait saillant. Cette donnée, parce qu'elle était incontestée sur le plan des faits, ne fut aucunement discutée sur le plan du droit ; la question de savoir s'il s'agissait d'un élément historique ou juridique de l'infraction devait donc rester en suspens. Mais la désignation de l'État, en tant que criminel, a toutefois conféré une certaine valeur légale à cette représentation. Ainsi fut-il rapidement admis que « *le crime contre l'humanité, avant d'être un crime, est un acte de souveraineté étatique* »[606].

220. Élément sociologique. – D'autres considérations, sociologiques cette fois, furent invoquées au soutien de cette appréhension du crime contre l'humanité. D'une part, de l'ampleur de l'entreprise couverte par ce concept allait être déduite l'idée selon laquelle sa réalisation commandait des ressources – moyens, institutions et personnels – que seul l'État était en mesure de procurer[607]. En sus du soutien matériel apporté, l'implication d'une structure

[606] E. ARONEANU, *Le crime contre l'humanité*, Paris, Dalloz, 1961, p. 56. V. aussi : A. GARAPON, « De Nuremberg au TPI : naissance d'une justice universelle ? », *Critique internationale*, vol. 5, 1999, p. 169.
[607] Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit*., p. 406. En ce sens également : CPI, Opinion dissidente du juge Hans-Peter KAUL, annexe à la Décision relative à la demande d'autorisation

étatique fut d'autre part analysée comme une condition négative de la capacité criminelle, en ce sens qu'elle assurait que « *rien ne les empêche d'être commis* »[608]. La confiscation des appareils législatif et judiciaire au profit de la réalisation d'une telle politique permettait en effet de garantir qu'aucune forme de poursuites pénales n'allait venir l'entraver.

221. Élément juridique. – La participation de l'État dans le crime contre l'humanité finira par être expressément présentée comme un élément constitutif de l'infraction. L'idée a d'abord été affirmée dans la jurisprudence de l'après-guerre, notamment dans le jugement *Alstötter* rendu par le tribunal américain. On peut y lire : « *la participation d'un gouvernement est un élément matériel du crime contre l'humanité. C'est seulement à raison de la participation des organes officiels de l'État souverain à la réalisation des atrocités et persécutions que ces crimes ont pu revêtir une dimension internationale* »[609]. Le caractère étatique du crime est utilisé pour justifier l'internationalisation de l'incrimination, mais plus encore érigé en élément constitutif de l'infraction. C'est dire que la participation des agents et organes de l'État dans la commission du crime contre l'humanité était loin d'être pensée comme un simple élément de fait. Elle était au contraire appréhendée comme une condition juridique essentielle de l'infraction, dans laquelle se trouvait ancrée sa légitimité. Si les Statuts des TPI n'ont pas ratifié cette exigence[610], on la retrouve désormais inscrite dans l'incrimination posée par le Statut de Rome. Certes, la valeur de cette condition a évolué, dans la mesure où l'implication de l'État dans l'entreprise criminelle n'est plus une condition *sine qua non* de la qualification du contexte, l'attaque pouvant aussi bien être conduite par une organisation privée[611]. Mais cela ne remet nullement en question la possibilité de caractériser l'élément contextuel du crime contre l'humanité à l'endroit d'un fait étatique. Sur ce point, le droit est resté inchangé.

2- L'imputation à l'État de l'entreprise criminelle

222. Participation de l'État à la détermination du projet criminel contre l'humanité. – En exigeant que l'attaque s'intègre à la réalisation de la politique *d'un* État, le

---

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, réf. préc., n°60 : « *Des crimes d'une telle nature et d'une telle ampleur n'ont pu voir le jour que parce qu'une politique d'État a été suivie de manière planifiée et concertée par différentes composantes de la puissance publique résolues à priver intégralement et radicalement de leurs droits fondamentaux certaines parties de la population civile* ».

[608] C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1992 p. 248.

[609] *USA c. Alstötter et al.* (Case n°35), Law reports of trials of war criminals, London, The united nations war crimes commission, 1947, vol. VI, p. 49 : « *governmental participation is a material element of the crime against humanity. Only when official organs of sovereignty participated in atrocities and persecutions did those crimes assume international proportions* » (traduction libre).

[610] Les textes d'incrimination du crime contre l'humanité prévus par les Statuts du TPIY et du TPIR ne posaient pas expressément l'exigence d'un système criminel d'ensemble au titre des conditions contextuelles, si bien que la question des acteurs de l'entreprise d'ensemble était passée sous silence.

[611] Art. 7 al. 2, a) du Statut de Rome. Sur la caractérisation du contexte du crime contre l'humanité à l'endroit des attaques commises par des organisations privées, v. *infra*, n°248 et s.

texte d'incrimination signale d'emblée qu'il est nécessaire que ladite entité ait été à l'initiative du projet d'atteinte à l'existence de la population civile. Il ne contient, en revanche, aucune autre indication. Moins que le terme « État » qui doit, semble-t-il, être apprécié en son sens ordinaire[612], ce sont davantage les modalités de son imputation qui peuvent soulever certaines interrogations. La question majeure est celle de savoir à quelles conditions il peut se voir attribuer la conception du projet d'atteinte à la population civile. La jurisprudence a fourni certains éléments de réponse, en déclarant notamment qu'il n'est jamais nécessaire, à cette fin, qu'il soit échafaudé « *au plus haut niveau de l'appareil étatique* »[613]. Aussi « *une politique adoptée par des organes régionaux, voire locaux, de l'État pourrait donc remplir la condition relative à l'existence de la politique d'un État* »[614]. Si la Cour pénale internationale privilégie une approche souple de la condition, il reste toutefois nécessaire que la politique émane, à tout le moins, d'individus investis d'une fonction telle qu'ils puissent être appréhendés comme des organes de l'État. Bien que cette dernière notion revête, partant, une importance considérable, la Cour ne s'est pas attachée à en préciser les contours. Quelle acception retenir, dès lors, de la notion d'organe étatique ? Plusieurs conceptions peuvent être envisagées. La première, souple, est empruntée au sens commun. Elle invite à considérer de la sorte tous les « *éléments qui, liés à la structure d'une institution, en assurent le fonctionnement, par leur action combinée* »[615]. La seconde, plus étroite, peut être inférée des conditions de la responsabilité internationale de l'État. Dans ce domaine, est considéré comme organe de l'État toute personne ou groupe de personnes agissant en son nom et dont les actes sont, par conséquent, susceptibles d'engager sa responsabilité[616]. Cette définition juridique est plus exigeante. Or, il est possible de se demander s'il est bien pertinent d'y recourir étant donné que la condition tenant à la politique étatique n'est en aucun cas destinée à déterminer la responsabilité de l'État au plan international à raison de la commission du crime contre l'humanité, mais à établir que l'appareil d'État a été mis à la solde de la réalisation du projet d'oppression, et ce afin de s'assurer que la menace qu'il fait courir pour l'existence du groupe protégé est bien réelle. Dès lors, il semble plus judicieux de se référer au sens courant de la notion et de retenir, ainsi, que tout individu ou groupe

[612] La jurisprudence a relevé le caractère « *explicite* » du terme, ce qui parait bien indiquer que c'est dans son sens ordinaire qu'il convient de l'entendre : CPI, 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, préc., n°89. En ce sens également : Opinion dissidente du juge Hans-Peter KAUL annexée à la Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya, préc., n°43 ou encore : C. JALLOH, « What makes a crime against humanity a crime against humanity », *American University International Law Review*, 2013, vol. 28, n°2, p. 421 et s.

[613] TPIY, jugement *Kupreškić et consorts*, préc., n°551 ; TPIY, jugement *Blaskić*, préc., n°205 ; CPI, 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, préc., n°89 ; CPI, rectificatif à la décision relative à l'autorisation d'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, ICC-02/11-14-Corr-tFRA, Ch. prélim. III, 15 nov. 2011, n°45.

[614] CPI, 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, préc., n°89.

[615] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* – v° « *organe* ».

[616] J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.* – v° « *organe* », sens C.

d'individus affecté d'une fonction d'administration, de contrôle ou de direction de l'État peut être réputé organe d'État.

223. Participation de l'État à la réalisation du projet. – Cela étant, l'État ne doit pas seulement avoir été à l'initiative du projet criminel contre l'humanité. Il faut, de surcroît, qu'il ait participé à sa mise en œuvre. Les éléments de crimes le requièrent expressément : « *pour qu'il y ait "politique ayant pour but une telle attaque", il faut que l'État (...) favorise ou encourage activement une telle attaque contre la population civile* »[617]. L'exigence trouve aisément à se justifier. La qualification du contexte étant située au stade de la menace pour l'existence du groupe protégé, il n'est pas nécessaire que l'atteinte de la population civile soit pleinement consommée[618]. Il reste toutefois impératif qu'elle *puisse* l'être. Cela suppose d'apprécier le potentiel causal de l'entreprise criminelle, en se demandant si le projet poursuivi allait effectivement pouvoir être conduit à son terme, compte tenu des moyens dont elle disposait. Or, le seul fait qu'il soit ourdi par un organe étatique n'est pas forcément gage d'une telle capacité criminelle. Cela dépend, en réalité, du pouvoir dont est concrètement pourvu l'agent. Si le projet émane d'un membre du corps dirigeant, la capacité criminelle peut être tenue pour acquise puisque l'agent dispose alors, de par sa qualité, du pouvoir de mobiliser la puissance publique aux fins de la réalisation de l'entreprise. Mais la situation est différente si l'agent n'est qu'un organe étatique intermédiaire, dépourvu d'une mainmise sur les institutions. Le cas échéant, on considérer que son projet criminel reste illusoire – et la menace que son entreprise fait naître à l'égard du groupe ciblé, hypothétique – l'agent n'apparaissant pas en mesure d'engager lui-même l'appareil étatique dans l'exécution de sa politique. Pour conclure à la capacité criminelle de l'entreprise, il faudra donc s'assurer que la puissance publique a fini par être mise à la solde du projet fomenté, sur décision des dirigeants étatiques. C'est dire, en somme, que c'est moins l'implication de l'État dans le processus de détermination du projet que son implication dans la *mise en œuvre* du projet qui apparaît déterminante parce qu'elle corrobore la réalité du péril auquel est exposé le groupe.

224. Caractérisation de la participation de l'État à la réalisation du projet. – Reste enfin à préciser que la participation de l'État à la réalisation de la politique criminelle peut revêtir diverses formes matérielles. Elle peut d'abord s'analyser en un acte positif, consistant à mettre le fonctionnement des institutions au service de l'accomplissement du projet d'atteinte au groupe protégé. La caractérisation de l'implication étatique ne pose alors guère de difficultés. Elle peut facilement être induite de l'action de l'État. Elle est plus délicate en revanche quand la participation étatique revêt ensuite la forme d'une « *abstention délibérée d'agir, par laquelle l'État* (…) *entend consciemment encourager une telle attaque* »[619]. Les éléments de crimes

[617] *Éléments des crimes*, Art. 7, introduction, n°3.
[618] V. *supra*, n°167
[619] *Éléments des crimes*, Art. 7, introduction, n°3, n.b.p. n°6.

prévoient clairement, s'agissant de cette hypothèse, qu'il n'est pas possible d'« *inférer l'existence d'une telle politique du seul fait que l'État (…) s'abstienne de toute action* »[620]. Cette exigence suppose donc d'établir que l'omission ne résulte pas de la seule impuissance de l'État à prévenir les crimes mais qu'elle est intervenue à dessein pour favoriser l'exécution du projet criminel[621]. Elle invite donc à faire le départ entre les hypothèses de défaillance volontaire et involontaire de l'État, seule la première autorisant à reconnaître à la politique oppressive un caractère étatique.

225. Conclusion. – Parce qu'il constitue la forme la plus consolidée d'organisation collective, l'État est donc présumé capable de mener à bien la réalisation du projet faisant peser une menace sur l'existence du groupe protégé. Il constitue, aussi, l'acteur emblématique des entreprises au sein desquelles viennent s'insérer les infractions internationales. Pour autant, il n'en est pas la figure exclusive : il est en effet désormais admis que le contexte des infractions internationales par nature peut être caractérisé à l'endroit des entreprises conduites par des organisations privées.

§2. Une organisation privée

226. Ouverture du domaine des crimes internationaux. – Le domaine des crimes internationaux n'a pas toujours été ouvert aux entreprises conduites par des groupements privés. Pendant longtemps, il a été considéré que l'annihilation d'une collectivité ne pouvait être parachevée qu'au renfort de moyens exorbitants que seul un État pouvait être en mesure de procurer. Mais d'autres considérations, moins pragmatiques que politiques, l'expliquent par ailleurs. Reconnaître que des groupements privés puissent disposer d'une telle puissance revenait à concéder que l'État n'en est pas le seul détenteur et donc à affaiblir sa suprématie symbolique. Mais surtout, cela aurait conduit à soustraire les affaires impliquant de tels groupements du domaine de compétence réservée de l'État et à autoriser ainsi une ingérence dans ses affaires internes, ce qui, à l'heure de l'édification du droit international pénal restait inconcevable vu la forte empreinte du principe de souveraineté. L'Histoire aura toutefois eu raison de ces résistances, en montrant que des groupements privés pouvaient faire preuve d'une capacité destructrice tout aussi importante, si bien que rien ne justifiait que les forfaits commis échappent à l'application du droit international pénal.

227. Ouverture limitée du domaine des crimes internationaux. – Désormais, la constitution de l'élément contextuel peut donc être établie même si le groupement à l'œuvre ne présente pas de caractères étatiques, si tant est qu'il s'agisse d'une *organisation*. Il faudra donc s'attacher à préciser le sens de cette notion cardinale afin de déterminer quels types de collectifs

[620] *Ibid*.
[621] C. JALLOH, « What makes a crime against humanity a crime against humanity », préc., p. 426.

sont concernés (A). Cela étant, cette ouverture du champ des infractions internationales n'est pas absolue. Initiée par la jurisprudence des TPI – essentiellement celle du TPIY – avant de recevoir une assise légale dans le Statut de Rome, cette extension est restée par la force des choses cantonnée aux infractions relevant de la compétence matérielle des juridictions *ad hoc*. Aussi le crime d'agression est-il demeuré en marge de ce mouvement (B).

A. L'identification des organisations concernées

228. Silence des textes. – L'ouverture du champ des infractions internationales aux entreprises conduites par des groupements non étatiques procède ainsi d'un constat simple : l'État n'a pas le monopole du recours à la violence armée. Des organisations privées peuvent être capables de l'employer dans une semblable mesure et, partant, de mettre en péril l'existence des collectivités que le droit international entend protéger. Rien ne justifiait, par conséquent, que leurs forfaits échappent à son application. Ce principe admis, il restait cependant à identifier les organisations concernées. Toute forme de structure collective est-elle considérée ? Doivent-elles avoir vocation à la permanence ? Doivent-elles présenter des caractéristiques quasi-étatiques ? Doivent-elles asseoir une forme d'autorité sur les sujets présents sur le territoire au sein duquel elles sont implantées ? À défaut de précision dans les textes d'incrimination, c'est à la jurisprudence qu'il est revenu de répondre à ces différentes interrogations. Il faut donc examiner successivement l'interprétation admise des notions de groupe armé organisé (1) et d'organisation, telle que mentionnée dans la définition du crime contre l'humanité (2), afin de déterminer les conditions auxquelles la caractérisation du contexte peut être satisfaite lorsque le projet martial ou criminel est mis en œuvre par une entité privée.

1- La notion de groupe armé organisé

229. Appréhension variable de la notion de groupe armé non-étatique. – Le droit international humanitaire a reconnu l'application des règles du droit de la guerre aux conflits opposant des entités privées bien avant que la jurisprudence pénale internationale n'étende en ce sens le domaine des crimes de guerre. Si les deux corps de règles font référence à la notion de *groupe armé organisé*, il faut toutefois se garder de les mettre sur le même plan lorsque l'on tente d'en dégager le sens utile. Les caractéristiques devant être présentées par le groupement varient en effet suivant la perspective adoptée et l'on remarquera que les exigences posées par le droit international humanitaire (a) sont beaucoup plus strictes que celles établies par le droit international pénal (b).

a- L'appréhension stricte de la notion par le droit international humanitaire

230. Limitation originelle de la qualité de partie à un conflit armé aux seules entités étatiques. – Avant que le droit international ne leur concède la qualité de partie à un conflit armé, les groupes armés privés ont longtemps été considérés comme de vulgaires criminels de droit commun dont le sort n'intéressait que l'État concerné par leur démonstration de violence. La construction du droit dans la guerre a en effet longtemps été enserrée dans le carcan du sacro-saint principe de souveraineté. Si la puissance suprême reconnue à l'État trouvait indiscutablement ses limites dans celle détenue par les autres puissances de même nature, son pouvoir n'admettait aucune restriction lorsqu'il se rapportait à une situation intervenant sur son territoire. La réglementation des conflits pouvant y survenir relevait, en somme, de la compétence exclusive de l'État et toute action en ce sens qui lui soit étrangère aurait alors été appréhendée comme une ingérence dans ses affaires internes.

231. Ouverture aux entités quasi-étatiques. – Cette appréhension traditionnelle du fait de guerre a toutefois cédé lorsqu'il est apparu que certaines luttes internes pouvaient, de par leur intensité, affecter les relations entretenues par l'État directement concerné par le conflit et les États-tiers[622]. Il devenait dès lors impératif que ces derniers se positionnent vis-à-vis des parties, afin que l'on puisse déterminer si leurs rapports devaient être régis par les normes applicables à la belligérance ou à la neutralité[623]. De fait, cela impliquait que l'existence d'un état de guerre ait été établie et, par extension, de reconnaître aux groupes armés insurgés la qualité de partie à un conflit armé. Ainsi se sont-ils trouvés soumis aux règles du droit dans la guerre, c'est-à-dire celles régissant les conflits armés internationaux, bien qu'ils n'aient constitué que des entités à caractère privé[624]. Clairement, la prise en considération de ces acteurs non-étatiques est donc loin d'avoir été motivée par des préoccupations humanistes[625]. Surtout, son bénéfice était en réalité très limité. D'une part, du fait des critères présidant à la reconnaissance de belligérance. Il était en effet nécessaire, d'abord, que les insurgés aient eu en

---

[622] Sur ce point, v. H. WEHBERG, « la reconnaissance des Parties comme belligérantes », *RCADI*, vol. 63, 1938, pp. 83-84.

[623] M. MILANOVIC et V. HADZI-VIDANOVIC, « A taxonomy of armed conflict » in N. WHITE et C. HENDERSON, (dir.), *Research handbook on international conflict and security law : jus ad bellum, jus in bello and jus post bellum*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, p. 6.

[624] Les insurgés allaient acquérir la personnalité internationale vis-à-vis de ceux qui avaient reconnu la situation de belligérance et partant être admis comme des « *membres putatifs* » de la famille des Nations civilisées, comme l'expliquent M. MILANOVIC et V. HADZI-VIDANOVIC, « A taxonomy of armed conflict », *loc. cit*. Par la même, ils devenaient donc sujet du droit international. Cela étant, ce corps normatif ne régissait alors que les conflits armés internationaux, de sorte que c'est ce corps de règles qui allait devoir s'appliquer aux conflits armés internes reconnus comme des situations de belligérance. Les groupes armés allaient, par conséquent, être traités comme s'ils avaient été des États engagés dans un conflit armé de caractère international : A. CULLEN, « Key developments affecting the scope of internal armed conflict in international humanitarian law », *Military law review*, vol. 183, 2005, pp. 76-77.

[625] A. CULLEN, « Key developments affecting the scope of internal armed conflict in international humanitarian law », préc., p. 78 : « *In practice, the doctrine of recognition has served more to support the interests of states than to prioritise adherence to humanitarian norms* ».

leur pouvoir une partie déterminée du territoire national ; ensuite, qu'ils aient organisé un gouvernement régulier exerçant en fait sur cette partie du territoire les droits apparents de la souveraineté ; enfin, qu'ils aient combattu à l'aide d'une armée organisée observant les lois et coutumes de la guerre[626]. Compte tenu de ces exigences, et plus particulièrement des deux premières, seules les organisations détentrices d'une autorité les mettant en mesure de se constituer en État[627] pouvaient finalement être sujets du droit dans la guerre. Et c'est d'ailleurs ce statut « *quasi-souverain* » des insurgés qui expliquait que le conflit, de nature interne, puisse être assimilé à un conflit armé international aux fins de l'application du régime juridique afférent[628]. À cela s'ajoute, d'autre part, que la détermination de ce statut était laissée à la libre appréciation des États concernés, la reconnaissance de belligérance restant purement discrétionnaire[629]. En pratique, peu de groupes privés purent ainsi bénéficier de la protection offerte par le *jus in bello*, les États demeurant généralement réticents à qualifier la situation de la sorte. C'est en définitive sous la forme d'un faux-semblant que s'est réalisée cette première prise en compte des groupes armés par le droit de la guerre, en ce sens qu'elle n'intéressait alors que ceux pouvant être assimilés, de fait, à une entité étatique.

232. Silence des Conventions de Genève de 1949. – Ce n'est qu'à l'issue de la seconde guerre mondiale que le principe d'humanité prit véritablement le pas sur les prétentions souverainistes qui, jusqu'alors, avaient contrarié l'extension de l'application du *jus in bello* aux conflits armés internes. Pour autant, la délimitation de son domaine était loin de faire l'objet d'un consensus. Elle suscita de vives discussions parmi les délégations présentes à la Conférence diplomatique de 1949 qui se scellèrent par l'adoption d'un article au contenu minimal, les États n'ayant pas réussi à trouver un point d'accord. En dépit de l'avancée significative portée par l'adoption de l'article 3 commun, de nombreuses questions allaient demeurer en suspens et notamment celle de l'identification des groupements pouvant être tenus pour parties à un tel conflit. Si le silence des textes paraît laisser ouvert le champ des possibles, il ressort cependant des travaux préparatoires que les délégations étaient loin d'être enclines à ce que la Convention puisse produire ses effets à l'endroit de toute action armée menée contre le pouvoir en place. En réalité, la nécessaire exclusion des insurrections et autres formes de rébellion de son domaine faisait consensus[630]. Toujours est-il que les délégations n'ont jamais

---

[626] Ces critères, issus de la pratique politique, ressortent de l'article 8 du règlement de l'institut de Droit international de 1900.

[627] D. MOMTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *RCADI*, vol. 292, 2001, p. 49-50.

[628] A. CARRILLO-SUAREZ, « Hors de logique : Contemporary issues in international humanitarian law as applied to internal armed conflict », *American University international law review*, vol. 15, n°1, 1999, p. 73.

[629] C. BAULOZ, « Le droit international humanitaire à l'épreuve des groupes armés non-étatiques », in V. CHETAIL (Dir.), *Permanence et mutations du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 221.

[630] J. PICTET, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. I, *op. cit.*, pp. 53-54. Les amendements formulés montrent qu'une majorité des délégations estimait que seuls les groupements présentant les caractéristiques d'un État devaient pouvoir être tenue pour partie à un conflit armé. v. la proposition 4. V. également la proposition 3, qui défendait le conditionnement de l'application de la Convention par la

réussi à s'accorder les conditions auxquelles un groupement privé pouvait se voir reconnaître la qualité de partie à un conflit armé.

233. Conditions posées par le Protocole II aux conventions de Genève. – La délimitation des conflits armés internes et, particulièrement, la question des groupes armés concernés devait dès lors être impérativement précisée. Ce fut l'objet de la Conférence diplomatique de 1974 ayant présidé à l'adoption des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève. Les débats se soldèrent, cette fois-ci, par l'adoption d'une définition précise faisant explicitement mention des critères auxquels un conflit armé interne allait pouvoir pénétrer le champ d'application du droit humanitaire. Ces critères n'ont aucunement trait à la nature des hostilités. Ils se rapportent essentiellement aux caractéristiques présentées par les groupes aux prises. Il doit s'agir de « *groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole* »[631]. Si plusieurs conditions sont ainsi requises, leur articulation est telle qu'elles ne sauraient être situées sur un même plan. Transparaît en effet un rapport de dépendance entre les différents critères posés, la caractérisation des uns devant permettre, *in fine*, celle des autres. Les exigences d'organisation, de structure et de contrôle territorial du groupe armé sont en effet présentées comme les conditions préalables de son aptitude à mener à bien des opérations militaires, d'une part, et à mettre en œuvre le droit humanitaire, d'autre part – ainsi que l'indique la locution « *tel que* » –. Il s'ensuit que le standard fondamental paraît bel et bien résider dans cette double capacité – militaire et humanitaire – présentée par le groupe armé, que sont voués à asseoir les trois autres critères requis – organisation, structure et contrôle territorial –.

234. Capacité militaire du groupe armé. – Le texte du Protocole subordonne, en premier lieu, l'application du droit international humanitaire à la capacité du groupe armé à conduire des opérations militaires continues et concertées. Cette notion, qui se définit communément comme un *« ensemble de mouvements, de manœuvres, de combats qui permettent d'atteindre un objectif, d'assurer la défense d'une position, le succès d'une attaque* »[632], suggère ainsi que la capacité du groupe ne s'entend pas d'une simple aptitude à employer la force armée. Elle met l'accent sur la finalité poursuivie par les campagnes menées et permet de comprendre que les actions conduites par le groupement doivent le mettre en mesure d'atteindre le but de la guerre, à savoir la soumission de l'ennemi. Cette condition exprime donc la même exigence que celle ayant été identifiée à l'analyse de la qualification des

---

reconnaissance de belligérance, ce qui revenait finalement à exiger que les groupements aient constitué des quasi-États compte tenu des critères régissant ce mécanisme. D'autres délégations plaidaient au contraire pour une large ouverture de la notion de conflit armé interne afin d'étendre au maximum l'application du droit humanitaire.

[631] Protocole additionnel II aux Conventions de Genève du 8 juin 1977, art. 1 al. 1.

[632] J. REY-DEBOVE ET A. REY (Dir.), *Le Nouveau Petit Robert*, *op. cit.*, – « *opération militaire* ».

conflits armés internationaux : seuls les groupements capables de mettre en péril l'existence de la partie adverse peuvent se voir appliquer les règles du droit dans la guerre[633].

235. Organisation du groupe armé et capacité militaire. – Cet élément essentiel de capacité militaire a été durci par deux critères afin de garantir sa constatation objective[634]. Le texte requiert, d'une part, que le groupe armé « *organisé* » ait été « *sous la conduite d'un commandement responsable* ». À première vue, les deux éléments peuvent paraître redondants, tous deux reflétant la même exigence. Mais en réalité, l'élément d'organisation auquel ils renvoient se décline en deux versants. Le premier est fonctionnel. Il découle directement de la condition de capacité militaire, la nature concertée des opérations militaires impliquant que le groupe armé ait fait état d'un fonctionnement organisé[635]. Ce critère en appelle à la planification et à la coordination des actions conduites par le groupe armé ; il suppose qu'elles aient été le fruit d'une certaine stratégie militaire[636]. Le second est structurel. Le texte impose en effet que le groupement ait agi sous la conduite d'un commandement responsable. Pour le CICR, cela implique qu'il ait été structuré selon un modèle hiérarchique[637]. Il précise, toutefois, qu'il n'est pas pour autant nécessaire que celui-ci soit comparable à celui d'une armée régulière[638]. En somme, il apparaît que le caractère organisé du groupe armé doit être vérifié sur deux plans : l'un, vertical, l'autre horizontal.

236. Contrôle du territoire et capacité militaire. – Par ailleurs, le groupe armé organisé doit exercer un contrôle sur une partie du territoire étatique où se déroulent les hostilités. Cette condition, présentée par le texte comme un prérequis à la capacité militaire du groupement, rehausse encore davantage le niveau de consolidation que doit atteindre la structure collective. Or, sa pertinence peut être discutée. En effet, le lien logique existant entre la capacité militaire du groupe et le contrôle qu'il détient sur le territoire ne paraît pas absolu. Certaines formes de lutte se caractérisent justement par l'absence d'une telle mainmise. La guérilla en est un exemple. Plus qu'une catégorie de conflit, elle constitue une méthode d'action typique des guerres asymétriques. Privilégiée par la partie « *faible* » dans son rapport avec la partie « *forte* »[639] – l'État –, cette technique a pour objet l'affaiblissement de l'ennemi, par le

---

[633] V. *supra*, n°208.
[634] Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (Dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit*, n°4469.
[635] C. BAULOZ, « Le droit international humanitaire à l'épreuve des groupes armés non-étatiques », préc., p. 241.
[636] E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 147, n°1.75. La jurisprudence du TPIY retient également cette interprétation, celle-ci ayant déclaré que ce critère invitait à examiner *« comment les attaques ont été planifiées et menées, à savoir, par exemple, si elles étaient surtout le fruit d'une stratégie militaire ordonnée par les responsables du groupe ou si elles ont été commises par certains membres en ayant décidé de leur propre chef* » : TPIY, jugement *Boškoski et Tarčulovski*, préc., n°205.
[637] Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (Dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit*, n° 4463.
[638] *Ibid*.
[639] C. CHAUMONT, « La recherche d'un critère pour l'intégration de la guérilla au droit international humanitaire contemporain », *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 53.

biais d'attaques dérobées et du harcèlement[640]. En réalité, les insurgés n'ont parfois pas d'autres choix que de recourir à cette méthode ; un auteur considère même qu'elle constitue leur « *seule chance de succès* »[641]. À défaut de contrôle territorial, les groupes armés ne sont en effet pas en mesure de mener des guerres régulières de mouvements combinés et de positions ; c'est la raison pour laquelle il privilégient cette tactique de combat alternative.

Subordonner la capacité militaire au contrôle territorial exercé par le groupe revient finalement à présupposer de l'inefficience de cette technique martiale qu'est la guérilla. De plus en plus de groupes armés y ont pourtant recours[642], ce qui suggère que la méthode doit bien, d'une manière ou d'une autre, porter ses fruits. À cela s'ajoute, comme le remarque un auteur, que « *les forces armées de l'État sont considérées comme régulières même si elles pratiquent la méthode de la guérilla* »[643]. S'il est certain que l'État reste, même dans cette hypothèse, maître du territoire où se déroulent les opérations, l'adoption d'une telle technique n'est nullement susceptible de renverser la présomption de capacité militaire qui les affecte. Il est alors difficile de saisir en quoi la capacité des groupements insurgés devrait quant à elle être désavouée dans les mêmes circonstances. L'exigence de contrôle territorial posée par le Protocole trouve ainsi difficilement à se justifier par l'élément de capacité militaire. Ce contrôle semble plutôt se rapprocher de l'autre versant de la condition de capacité, à savoir celle tenant à l'aptitude du groupement à mettre en œuvre le droit international humanitaire.

237. Capacité humanitaire du groupe armé. – Si la première déclinaison de la condition de capacité est commandée par la théorie juridique, la seconde paraît plutôt découler de considérations pragmatiques. Dans le droit fil de l'adage voulant qu'à l'impossible nul n'est tenu, le Protocole retient que pour être liées par le droit international humanitaire, les parties au conflit doivent être en mesure d'appliquer ses dispositions[644]. Concrètement, cela demande qu'elles aient à même de remplir les obligations positives prescrites – comme celle, par exemple, d'assurer le secours des blessés – et de veiller à ce que les interdictions posées ne soient pas enfreintes. Cette condition, qualifiée de fondamentale par le CICR[645], se révèle bien

---

640 G. CHALLIAND, *Anthologie mondiale de la stratégie*, Paris, Robert Laffont, 2001, p. 57.

641 S. NAHLIK, « L'extension du statut de combattant à la lumière du Protocole I de Genève de 1977 », *RCADI*, vol. 164, 1979, p. 211.

642 C. CHAUMONT, « La recherche d'un critère pour l'intégration de la guérilla au droit international humanitaire contemporain » préc., p. 48 qualifie ce phénomène de « *durable et frappant* ». G. AIVO, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.145 note quant à lui que « *même si la guérilla a des racines très anciennes, elle a connu une recrudescence après la seconde guerre mondiale où les anciennes colonies l'ont adoptée comme "guerre de libération nationale" et les groupes rebelles la pratiquent dans de nombreuses guerres civiles* ».

643 G. AIVO, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, *op. cit*., p. 146.

644 Comme le relève un auteur, cette condition doit pouvoir être vérifiée tout au long du conflit. A défaut, « *les dispositions du Protocole II additionnel cesseraient de s'appliquer dès qu'ils* [les groupes armés] *seraient dans l'incapacité d'en respecter les termes, et ce même s'ils continuaient à occuper une partie du territoire aux prises avec le conflit armé non international* » : D. MOMTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *RCADI*, vol. 292, 2001, p. 50.

645 Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (Dir.), Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, *op. cit*, n°4470.

plus exigeante que la première. Elle élève en effet sensiblement le niveau d'organisation et de contrôle territorial que doit présenter le groupe armé.

238. Organisation du groupe armé et capacité humanitaire. – En ce qui concerne le critère d'organisation, cette condition implique que la structuration hiérarchique du groupe soit telle qu'une discipline puisse être imposée au nom d'une autorité de fait[646]. L'objectif est double : responsabiliser les dirigeants et sensibiliser les exécutants aux considérations élémentaires d'humanité, sans quoi la violence armée pourrait dégénérer en une conflagration générale et incontrôlable et ainsi laisser place à l'anarchie et aux effusions de sang, ce qui est précisément ce que cherche à éviter le droit humanitaire[647]. Cela étant, il ne peut être déduit purement et simplement du fait qu'un groupement se livre à la violation systématique de ses dispositions qu'il ne dispose pas de l'organisation suffisante pour être qualifié de partie à un conflit armé[648]. Cela invite plutôt à vérifier que les leaders du groupe encadrent effectivement leurs troupes ce qui, sur le plan pratique, suppose non seulement la mise en place d'une chaîne de commandement, mais également celle d'un système de rapport des incidents, voué à les informer des éventuelles infractions commises par leurs subordonnées pour qu'ils puissent les sanctionner de manière appropriée[649]. Ainsi ne suffit-il pas que le groupe armé se présente sous la forme d'une structure pyramidale pour que la condition de capacité humanitaire soit remplie. Il faut, pour cela, que le commandement s'exerce selon un mouvement à la fois ascendant et descendant, à défaut de quoi il resterait ineffectif. La condition de capacité humanitaire requiert donc que le groupe armé fasse état d'un niveau d'organisation structurelle soutenu, confinant dans une certaine mesure à celui présenté par les forces armées régulières. Le seuil d'application du droit humanitaire contraste, de ce point de vue, avec les réalités de la guerre puisqu'en pratique, les forces armées dissidentes remplissent rarement de telles conditions[650].

239. Contrôle territorial et capacité humanitaire. – Le critère du contrôle territorial, dans lequel est ancrée la capacité humanitaire du groupe armé, reste celui ayant suscité les plus vives critiques. Son admission a été décriée par certains commentateurs, ceux-ci considérant qu'il s'agissait d'une réminiscence des standards applicables à la reconnaissance de

---

[646] Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (Dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.,* n°4463.
[647] A.-M. LA ROSA et C. WUERZNER « Armed groups, sanctions and the implementation of international humanitarian law », *RICR*, vol. 90, n°870, juin 2008, p. 329 ; D. MOMTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », préc., p. 51.
[648] TPIY, jugement *Boškoski et Tarčulovski*, préc., n°205.
[649] A.-M. LA ROSA et C. WUERZNER « Armed groups, sanctions and the implementation of international humanitarian law », préc., pp. 329-330.
[650] D. MOMTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », préc., p. 51.

belligérance[651], de telle sorte que le bénéfice des normes humanitaires se trouverait finalement limité aux seuls groupes armés présentant les caractéristiques d'un État. D'autres auteurs tempèrent la critique, arguant de l'absence de strict parallélisme entre ces deux régimes. Selon eux, les exigences du Protocole II sont bien moins strictes que celles conditionnant la reconnaissance de belligérance, cette dernière exigeant, non seulement que les insurgés aient contrôlé une partie substantielle du territoire étatique mais également qu'ils y aient implanté leur autorité, se présentant ainsi sous les traits d'un État de fait[652]. En comparaison, il est vrai que le seuil posé par le Protocole II est plus modeste puisque le texte n'exige pas que les insurgés aient mis en place des structures administratives comparables à celles d'un État. Cela étant, les injonctions du droit international humanitaire supposent, par leur nature, que le groupe armé exerce une certaine forme d'autorité sur la portion territoriale qu'il maîtrise. Il lui incombe en effet d'assurer que les blessés se voient bien prodiguer les soins que leur état nécessite[653], que les détenus soient décemment traités[654], et équitablement jugés[655]. Clairement, la seule mainmise sur le territoire ne saurait suffire à satisfaire ces obligations si elle n'est pas couplée au pouvoir de réglementer les sujets, biens et situations qui s'y trouvent ce qui, en soi, s'apparente fortement aux attributs de la souveraineté étatique[656]. Ainsi, même si le critère du contrôle territorial n'est pas assorti, *de jure*, de l'exigence que le groupe fasse état d'un semblant de pouvoir souverain, il n'est pas certain que celle-ci ne ressurgisse pas, *de facto*, étant donné la fonction qui lui est assignée. À cela s'ajoute que la portion du territoire contrôlée par le groupe armé est généralement celle ayant échappé à la maîtrise du pouvoir en place[657]. Or la

---

[651] M. R. RWELAMIRA, « The Significance and Contribution of the Protocols Additional to the Geneva Conventions of August 1949 », in C. SWINARSKI (Dir.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et les principes de la Croix-rouge*, Martinus Nijhoff, CICR, 1984, p. 234.

[652] Y. LOTSTEEN, « The Concept of Belligerency in International Law », *Military law review*, vol. 166, 2000, p. 130 : « *The belligerency requirements are more stringent than those in the Protocol in that they lend themselves to a group of rebels who have more than mere military control over part of the state. The belligerency conditions mandate its recognition when insurgents control a substantial part of the state. Furthermore, they also require that rebels establish some semblance of government or administration in the area under their control. The substantive distinction lies in the fact that upon attaining the objective criteria of belligerency, the insurgents achieve many of the characteristics of an independent state – they become in effect a de facto state. This in turn justifies applying to them and to the conflict in which they are involved the body of rules meant to regulate international armed conflicts. On the other hand, the criteria established in Protocol II, while establishing a threshold that is considerably higher than mere civil unrest, is lower than state-to-state warfare* ». Egalement en ce sens : A. CULLEN, « Key developments affecting the scope of internal armed conflict in international humanitarian law », préc., pp. 96-97 ; A. CARRILLO-SUAREZ, « Hors de logique : Contemporary issues in international humanitarian law as applied to internal armed conflict », préc., p. 82.

[653] Protocole additionnel II aux Conventions de Genève du 8 juin 1977, art. 7 et s.

[654] Protocole additionnel II aux Conventions de Genève du 8 juin 1977, art. 5.

[655] Protocole additionnel II aux Conventions de Genève du 8 juin 1977, art. 6.

[656] Étant entendu qu'il s'agit ici des attributs que confère la souveraineté dans l'ordre étatique interne, et non dans l'ordre international. Sur ce point, v. J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *op. cit*., p. 238.

[657] Y. SANDOZ, B. ZIMMERMANN (Dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit*., n°4467 : « *Pratiquement, si les groupes armés insurgés sont organisés conformément aux exigences du Protocole, la portion de territoire qu'ils peuvent prétendre maîtriser sera celle qui échappe au contrôle des forces armées gouvernementales* ». Le TPIR a fait sienne cette observation :TPIR, jugement *Akayesu*, réf. préc., n°626 ; TPIR, jugement *Musema*, préc., n° 258. V. également les développements de A.-M. LA ROSA et C. WUERZNER « Armed groups, sanctions and the implementation of international humanitarian law », préc., p. 330.

suprématie à laquelle renvoie la notion de souveraineté exclut toute forme de pouvoir concurrentiel[658]. Elle n'est pas divisible ; elle ne saurait faire l'objet d'un partage entre deux entités. Ainsi, admettre que le groupement a substitué son contrôle à celui de l'État relativement à une partie du territoire donné revient finalement à reconnaître qu'il l'a supplanté dans son autorité[659], et donc qu'il se présente sous les traits d'un État de fait. La condition de capacité humanitaire postule, en somme, un contrôle territorial si élevé que seuls les « quasi-États » peuvent, en définitive, être tenus pour partie à un conflit armé.

240. Bilan. – Le bilan de cette analyse du droit international est en demi-teinte. Le droit international humanitaire est applicable aux conflits mettant aux prises des groupements privés pourvu qu'ils satisfassent un double standard de capacité : militaire et humanitaire. Cette condition se comprend aisément vu les enjeux de ce corps de règles. Pour autant, les critères dans lesquels est assise cette capacité duale sont tels que seuls les groupes présentant les caractères d'un État de fait peuvent finalement être considérés comme des belligérants. De ce point de vue, l'ouverture du *jus in bello* aux conflits armés conduits par des groupes privés souffre donc d'une importante limite, limite qui est toutefois étrangère au droit international pénal.

b- L'appréhension souple de la notion en droit international pénal

241. Silence des textes d'incrimination. – Confrontée au silence des textes légaux lorsqu'il lui est revenu de déterminer dans quelles conditions le contexte de conflit armé pouvait être caractérisé en cas de recours à la force par des groupements privés, la jurisprudence fut face à deux options : soit ratifier les règles du droit international humanitaire, soit dégager des critères autonomes.

242. TPIR : Ratification des conditions posées par le DIH. – Le TPIR a, pour sa part, embrassé les solutions du droit humanitaire. Or, étant donné que l'article 4 de son statut énonçait en des termes très généraux que la juridiction était compétente pour *« poursuivre les personnes qui commettent ou donnent l'ordre de commettre des violations graves de l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes en temps de guerre, et du Protocole additionnel II auxdites Conventions du 8 juin 1977* », le tribunal a retenu que les critères gouvernant l'application de chacun de ces deux instruments devaient être

[658] J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *op. cit*., p. 238 : La puissance des sujets et collectivités englobée par l'État est nécessairement limitée et spécialisée. Elle reste, en tout état de cause, assujettie à l'*imperium* de l'État.
[659] D. MOMTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », préc., p. 50 y voit d'ailleurs un obstacle politique à l'applicabilité du Protocole. Les États parties au conflits risquent en effet d'être réticents à admettre que le groupement armé contrôle une partie du territoire, puisque cela reviendrait à concéder qu'ils n'y exercent plus de souveraineté effective.

remplis pour que les incriminations listées puissent être envisagées[660]. Les groupements non-étatiques devaient ainsi répondre aux exigences renforcées du Protocole II : ils devaient être organisés, fonctionnellement et structurellement, et exercer une mainmise sur le territoire rwandais, de telle sorte que la double capacité – militaire et humanitaire – puisse leur être reconnue. Cela étant, la conjoncture rwandaise était telle que la ratification de ces conditions ne risquait pas d'entamer l'applicabilité des crimes de guerre. En effet, il était bien connu que les troupes du FRP remplissaient la condition d'organisation sous ces deux aspects ; bon nombre de documents officiels des Nations Unies le corroboraient[661]. Par ailleurs, les accords de paix d'Arusha, signés en 1993, avaient reconnu le contrôle territorial exercé par le FRP[662] de sorte que la vérification de ce critère ne posait pas non plus de difficultés[663].

243. TPIY : ratification de la seule condition d'organisation. – Le TPIY a quant à lui retenu l'autre solution. Ses juges ont en effet affranchi la définition de l'élément contextuel du crime de guerre des conditions posées par le droit international humanitaire en retenant 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* »[664]. Certes, l'émancipation n'est pas totale, puisque la condition d'organisation du groupe armé a bien été entérinée. Nulle trace en revanche des autres critères que sont la soumission du groupe à l'autorité d'un commandement responsable et le contrôle exercé sur une partie du territoire. L'organisation du groupe armé apparaît donc comme le seul critère à prendre en considération. Aussi fondamental qu'il soit, il n'a fait l'objet d'aucune définition. Certaines observations incidentes du tribunal, formulées dans une autre décision et à propos des conflits armés internationalisés, permettent toutefois de saisir les caractéristiques essentielles de ce critère. Les juges ont en effet insisté sur la nécessaire distinction entre « *le cas des individus agissant au nom d'un État sans instructions spécifiques* » et « *celui des individus constituant* un groupe organisé et structuré hiérarchiquement*, comme une unité militaire ou, en temps de guerre ou de troubles internes, des bandes d'éléments irréguliers ou de rebelles armés* »[665]. L'accent, ainsi placé sur le caractère « *organisé et structuré hiérarchiquement* » du groupement, laisse entendre que c'est à la lumière de ces deux éléments que doit être appréciée la qualité de partie non-étatique dans le cadre d'un conflit armé interne. Comme en droit international humanitaire, l'organisation du groupement paraît donc devoir se décliner en deux aspects, l'un fonctionnel, l'autre structurel.

---

[660] V. not. : TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°618 ; TPIR, jugement *Kayishema* et *Ruzindana*, préc., n°158 et s. ; TPIR, jugement *Bagilishema*, préc., n°99 et s.
[661] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°627.
[662] *Ibid*.
[663] Comme le note C. BAULOZ, « Le droit international humanitaire à l'épreuve des groupes armés non-étatiques », préc., p. 240, cette reconnaissance du contrôle territorial requis par les parties a permis d'éviter toute discussion relative au degré de contrôle territorial requis – sujet à débats –, facilitant ainsi sa caractérisation.
[664] TPIY, Arrêt *Tadić* relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence, préc, n°70.
[665] TPIY, Arrêt *Tadić*, préc., n°120.

244. Appréhension souple de la condition d'organisation. – Cette double dimension organisationnelle n'a pas été formalisée par la jurisprudence postérieure. Plus précisément, ni le caractère concerté des opérations militaires, ni la structuration hiérarchique du groupement n'ont été érigés en conditions *sine qua non* de l'organisation requise[666]. En réalité, pour la jurisprudence, le seul élément à prendre en considération tient à la capacité militaire du groupe. Le principe, déjà exposé, est en effet celui selon lequel « *il ne peut y avoir de conflit armé que si les parties sont suffisamment organisées pour s'affronter avec des moyens militaires* »[667]. En d'autres termes, l'organisation du groupe doit simplement permettre d'établir son aptitude à conduire des opérations efficaces, c'est-à-dire des actions de nature à concrétiser la soumission de l'adversaire. Cet élément décisif posé, le TPIY retient que l'organisation des parties au conflit est une question de fait, qu'il convient de trancher au cas par cas, à la lumière des éléments de preuve[668], aucun d'entre eux n'étant par lui-même essentiel à sa démonstration.

245. Silence du statut de Rome quant à l'approche à retenir. – L'interprétation de la notion de groupe armé organisé était donc loin d'être unitaire lorsque furent entrepris les travaux préparatoires à l'institution de la Cour pénale internationale. Alors même que la divergence des analyses livrées par le TPIR et le TPIY invitait les rédacteurs du Statut de Rome à trancher la question, elle fut passée sous silence. Ni le texte d'incrimination des crimes de guerre, ni les Éléments de crimes n'en fournissent de quelconque définition. C'est donc encore une fois à la jurisprudence qu'il allait incomber d'en préciser la teneur.

246. Ratification de l'approche du TPIY par la jurisprudence de la CPI. – Dans l'affaire *Lubanga*, la défense fit valoir que la notion devait être lue à la lumière du Protocole II[669], suivant en cela la conception retenue par le TPIR. Cette position n'est pas surprenante. En

---

[666] La jurisprudence du TPIY est sur ce point explicite puisqu'elle retient qu'il n'est ni nécessaire que l'organisation du groupe soit comparable à celle des forces armées régulières (TPIY, jugement *Limaj*, préc., n°89 ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Orić*, jugement (IT-03-68-T), ch. prem. inst. II, 30 juin 2006, n°254 ; TPIY, jugement *Boškoski et Tarčulovski,* préc., n°197) ni qu'elle atteigne le seuil requis pour l'établissement de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques du fait de leurs subordonnés (TPIY, jugement *Limaj*, préc., n°89 ; TPIY, jugement *Mrkšić,* préc., n°407).

[667] TPIY, jugement *Haradinaj*, préc., n°60 confirmé par : TPIY, jugement *Boškoski et Tarčulovski,* préc., n°198.

[668] TPIY, jugement *Limaj*, préc., n°90 ; TPIY, jugement *Mrkšić,* préc., n°407. Une multiplicité de facteurs ont pu être pris en compte pour apprécier le degré d'organisation du groupe armé. Les juges de l'affaire *Boškoski et Tarčulovski* les ont classés en cinq catégories générales que sont, en premier lieu, les éléments indiquant la présence d'une structure de commandement ; en deuxième lieu, les éléments donnant à penser que le groupe peut mener des opérations de manière organisée ; en troisième lieu, les éléments qui reflètent un certain niveau de logistique ; en quatrième lieu, ceux qui montrent que le groupe a la discipline nécessaire pour faire respecter les obligations fondamentales découlant de l'article 3 commun et enfin, en cinquième lieu, ceux qui attestent de la capacité du groupe à parler d'une seule voix. Pour une énumération des données concrètes ayant pu être utilisées en jurisprudence, v. TPIY, jugement *Boškoski et Tarčulovski,* préc., n°199-203.

[669] Les conseils de l'affaire *Lubanga* défendirent l'application du seuil posé par l'article premier du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève, opposant à la Chambre l'absence de démonstration, de la part de l'Accusation, que « *le FNI, la FRPI, le PUSIC et les FAPC constituaient des « groupes armés organisés » au sens du droit international humanitaire. Selon elle, il n'a pas été prouvé que ces organisations se trouvaient sous la conduite d'un commandement responsable ou exerçaient sur une partie du territoire concerné un contrôle suffisant*

effet, les critères posés par le droit humanitaire, plus exigeants, élèvent le seuil de qualification du conflit armé, si bien que l'applicabilité des incriminations de guerre est plus limitée. La Chambre préliminaire I a toutefois rejeté cette approche. Se fondant sur la définition du conflit armé non international dégagée par le TPIY, elle considéra que le seul critère à vérifier est que « *les groupes armés en question aient la capacité de concevoir et de mener des opérations militaires pendant une période prolongée* »[670]. La Chambre préliminaire II, saisie de l'affaire *Bemba*, développa cette analyse. Sans remettre en cause la conclusion des juges de l'affaire *Lubanga*, elle estima que « *compte tenu des principes et règles du droit international des conflits armés (...), ces* "*groupes armés organisés*" *doivent être sous la conduite d'un commandement responsable, ce qui implique une certaine organisation de ces groupes armés, suffisante pour imposer une discipline et pour concevoir et mener des opérations militaires* »[671] avant d'ajouter, néanmoins, que « *le Statut n'exige pas l'élément légal énoncé à l'article 1-1 du Protocole additionnel II, selon lequel le ou les groupes armés organisés doivent exercer un contrôle sur une partie du territoire* »[672]. L'argument de la légalité est quelque peu curieux, la soumission du groupe à l'autorité d'un commandement responsable n'étant pas plus requise, par le Statut, que son exercice d'un contrôle territorial. En réalité, il semble plutôt que les juges aient considéré que la structuration hiérarchique du groupe est une condition de l'existence de la capacité militaire – à la différence du contrôle territorial –, raison pour laquelle celle-ci devait nécessairement être caractérisée. En tout état de cause, ce virage vers une appréhension plus stricte de la condition d'organisation a été formellement censuré en première instance. Les Chambres ont fait observer que le statut de Rome ne comprend aucune exigence en ce sens[673], de sorte que le seul élément à prendre en compte est que les groupes armés aient présenté « *un degré d'organisation suffisant pour leur permettre de mener un conflit armé prolongé* »[674]. Dans le droit fil de la jurisprudence du TPIY, les juges de la CPI ont donc affranchi la condition d'organisation de tout critère tenant à la constitution du groupe armé : il n'est ainsi pas nécessaire de vérifier qu'il était régi par un système hiérarchique, ni qu'il assumait une certaine forme d'autorité sur le territoire où se déroulait le conflit armé[675]. Tout au plus, ces données constituent des éléments de preuve de l'organisation du groupe[676], mais elles n'en sont, en aucun

---

pour leur permettre de mener des opérations militaires continues et concertées, et d'appliquer les dispositions du droit international humanitaire ». V. CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°514.

[670] CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Lubanga*, préc., n°234.

[671] CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Bemba Gombo*, préc., n°234.

[672] CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Bemba Gombo*, préc., n°236.

[673] CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°536 ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1186.

[674] CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°536 ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1186.

[675] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1186.

[676] CPI, jugement Katanga, préc., n°1186. La chambre déclare qu'« *un quelconque degré d'organisation suffira à établir l'existence d'un conflit armé et elle rappelle que ces éléments seront appréciés au cas par cas* ». A cette fin, elle explique qu'« *il pourra s'avérer pertinent de prendre en considération les éléments de fait suivants dont la liste n'est pas exhaustive : la hiérarchie interne de la force ou du groupe en cause ; sa structure de commandement et les règles qui y sont appliquées ; sa capacité de se procurer des équipements militaires, notamment des armes à feu ; la capacité de la force ou du groupe en cause de planifier et de mener des opérations militaires ; et l'étendue, la gravité et l'intensité de toute intervention militaire. Aucun de ces éléments de fait n'est*

cas, des conditions nécessaires. En somme, il faut donc retenir qu'« *un quelconque degré d'organisation* »[677] suffit à établir l'existence d'un conflit armé, dans la mesure où il atteste de la capacité du groupe à réaliser le projet de soumission poursuivi et, partant, de sa capacité à mettre en péril l'existence du groupe protégé.

247. Conclusion. – Le traitement de la condition d'organisation du groupe armé privé, par le droit international pénal, n'est pas fondamentalement opposé à celui qu'en effectue le droit humanitaire ; il est simplement beaucoup plus souple. On constate en effet que la capacité militaire des forces armées reste la condition décisive et qu'elle doit tout autant s'apprécier à la lumière de l'organisation dont fait état le groupement. Simplement, ce critère clef n'est plus durci dans des caractéristiques structurelles ou opérationnelles : ces données *constitutives* de la condition d'organisation en droit international humanitaire sont reléguées au rang *d'élément de preuve* de cette condition par la jurisprudence du TPIY et de la CPI. Cette approche fonctionnelle du degré d'organisation requis aux fins de la qualification du contexte de conflit armé est bienvenue. Elle permet d'enclencher l'application des incriminations dès lors que la mise en péril du groupe protégé est avérée compte tenu de la force de soumission dont est pourvu son adversaire. Or, telle est effectivement la seule donnée qu'il convient de considérer. D'un point de vue théorique, si *seuls* les comportements de nature à causer le résultat illicite sont fondés à recevoir la qualification relative, *tous* les comportements susceptibles de le générer doivent en effet pouvoir tomber sous le coup de cette même qualification. Rien ne justifie, partant, que la qualification de crime de guerre soit limitée par des considérations tenant aux caractéristiques structurelles du groupe armé, si tant est que celui-ci présentait effectivement la capacité à mettre en péril l'existence du groupe protégé.

Étant donné que l'ouverture du crime de guerre et du crime contre l'humanité aux entreprises conduites par des groupements privés procède de la même raison d'être, cette grille d'analyse, dégagée à l'examen de la notion de groupe armé organisé, devrait en toute logique se vérifier lorsque l'organisation en cause est structurée autour d'un projet criminel contre l'humanité.

2- La notion d'organisation dans le crime contre l'humanité

248. Approches divergentes des structures collectives couvertes par la notion d'organisation. – Très vite après les procès de la seconde guerre mondiale, il est apparu que la capacité criminelle d'un groupement n'est pas forcément fonction de son statut politique. Consacrée par la jurisprudence des TPI et entérinée par le statut de Rome, la possibilité d'appliquer la qualification de crime contre l'humanité aux entreprises oppressives conduites

toutefois déterminant à lui seul ». En ce sens également : CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°537 ; CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°136.

[677] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1186.

par des groupements privés ne suscite plus aujourd'hui de débats. Plus discutée est en revanche la question de savoir quels sont les types d'organisation pouvant conduire de telles campagnes criminelles, au sens du texte d'incrimination. Si le droit positif privilégie désormais un critère matériel fondé sur la capacité criminelle de l'organisation (a), à l'instar de ce qui est admis s'agissant de la qualification du conflit armé interne, il est toutefois à noter certaines résistances doctrinales. Certains auteurs plaident en effet pour la prise en considération d'un critère structurel, arguant de la nécessité de limiter les acteurs de l'entreprise criminelle aux seules organisations quasi-étatiques (b).

a- Le critère de capacité criminelle retenu par le droit positif

249. Appréhension évolutive de la capacité criminelle de l'organisation. – Si la capacité criminelle dont peuvent faire état certaines organisations privées est à l'origine de l'ouverture du domaine du crime contre l'humanité, l'appréhension de cette capacité criminelle a évolué au fil de la construction du droit international pénal. Les TPI l'ont enserrée dans des critères restrictifs (i) dont la CPI s'est par la suite affranchie, faisant prévaloir une approche beaucoup plus souple de cette condition (ii).

i. L'appréhension restrictive du critère de capacité par les TPI

250. Ouverture du domaine de l'infraction aux entreprises criminelles conduites par des entités non-étatiques. – L'ouverture du domaine du crime contre l'humanité aux entreprises criminelles conduites par des entités privées a été initiée par la jurisprudence des TPI, qui s'est largement fondée sur les travaux de la Commission du Droit international pour la justifier. Cette dernière avait en effet proposé de définir l'infraction comme « *le fait de commettre, d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe* »[678], peu important que ces deux dernières entités « *aient ou non un lien avec le gouvernement* »[679]. Le TPIY s'en servira pour étayer l'évolution du droit applicable aux crimes contre l'humanité et consacrer le principe selon lequel « *bien qu'une politique doive exister pour commettre ces actes, il n'est pas nécessaire que ce soit la politique d'un État* »[680].

251. Consécration d'un critère tenant à l'exercice d'une autorité sur un territoire. – Pour autant, cela ne devait pas signifier que l'activité criminelle de tout type de collectif allait pouvoir tomber sous le coup du crime contre l'humanité. Avant toute chose, la condition tenant

[678] CDI, Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, art. 18. Reproduit dans : *Ann. CDI*, 1996, vol. 2(II) p. 49.
[679] *Ann. CDI*, 1996, vol. II(2), p. 50, n°5.
[680] TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°655 ; TPIY, jugement *Kupreškić et consorts*, préc., n°552 ; TPIY, jugement *Limaj*, préc., n°213.

au projet poursuivi demeure décisive. Ainsi faut-il déjà pouvoir établir que le groupement cible bien une population civile identifiée, comme telle, pour que la qualification puisse être envisagée[681]. Mais en sus de cette condition élémentaire, la jurisprudence a dégagé un critère tenant au contrôle territorial de l'organisation. Elle limita, en effet, la qualification de crime contre l'humanité aux seuls crimes commis par des forces « *qui, bien que n'étant pas celles d'un gouvernement légitime, exercent le contrôle* de facto *sur un territoire particulier ou peuvent s'y déplacer librement* »[682], territoire qui s'entend logiquement de celui où la politique d'oppression est mise en œuvre. Par la suite, le tribunal fera primer un critère tenant à la l'« *autorité de facto* » assumée par le groupement sur le territoire[683]. La modification terminologique est, toutefois sans incidence, le critère applicable restant identique, en substance.

252. Appréciation du critère. – L'appréhension de la notion d'organisation, par le TPIY, induit que l'ouverture du champ de l'infraction est loin d'être absolue. Certes, il n'est plus exigé que la politique criminelle soit conduite par une entité étatique, au sens légal du terme. Il n'en demeure pas moins que l'autorité assumée par le groupement doit être telle qu'il est possible de voir en lui un État de fait. Alors même que l'ouverture du domaine personnel du crime contre l'humanité procède de l'idée que certaines organisations privées peuvent être à même de mener à bien l'oppression d'une population, l'interprétation du TPIY signale en somme que cette capacité criminelle reste conçue comme un apanage de la souveraineté. Simplement, c'est moins à l'aune d'un critère formel, consistant dans le statut politique du groupement[684], qu'à celle d'un critère matériel, relatif aux pouvoirs que confère ce statut, que la jurisprudence apprécie l'effectivité de la souveraineté présentée par le groupe, afin d'établir, *in fine*, sa capacité criminelle. Finalement, l'ancrage classique de l'infraction dans l'exercice d'un pouvoir souverain a donc été maintenu, même s'il a été assoupli. Si cette approche a été consolidée par la jurisprudence postérieure des TPI, la CPI s'en est détachée.

ii. L'appréhension souple du critère de capacité par la CPI

253. Absence de définition légale de la notion d'organisation. – L'extension du domaine de l'infraction aux entreprises criminelles menées par des groupements non-étatiques a été ratifiée par le statut de Rome. Le texte d'incrimination indique, effectivement, que le projet

[681] Sur cette condition, v. *supra*, n°56 et 67.
[682] TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°654.
[683] TPIY, jugement *Kupreškić et consorts*, préc., n°552 : « *Les crimes en question peuvent également avoir été favorisés par l'État ou, en tout état de cause, faire partie d'une politique gouvernementale ou de celle d'une entité disposant d'une autorité de facto sur un territoire* ».
[684] v. TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°654 où il est implicitement admis (l'argument est avancé par l'accusation, mais retranscrit par le tribunal qui prend par ailleurs le soin de préciser que la défense partage également ce point de vue, ce qui tend à signifier son assentiment) que peu importe que l'entité ait fait l'objet d'une reconnaissance au plan international ou qu'elle ait présenté un statut juridique particulier pour que la condition soit vérifiée.

d'oppression de la population civile protégée peut être initié et mis en œuvre par un État *ou une organisation*[685]. La formule est univoque, mais la jurisprudence a tout de même pris soin de préciser, à plusieurs reprises, que la notion d'organisation ne devait pas être confondue avec celle d'État[686]. Il reste que même si le texte d'incrimination est clair, il peut lui être fait grief de son imprécision. Il passe en effet sous silence les conditions auxquelles un collectif peut être qualifié d'organisation au sens de l'article 7.

254. Contrôle territorial exercé : critère rejeté. – La jurisprudence s'est donc trouvée contrainte d'en préciser le contenu pour pouvoir appliquer la qualification de crime contre l'humanité. Dans un premier temps, elle a pu affirmer que la « *politique peut être mise en place par des groupes de personnes dirigeant un territoire donné ou par toute organisation capable de commettre une attaque généralisée ou systématique contre une population civile* »[687]. L'assertion est curieuse. Elle opère une distinction entre les « groupes de personnes » dirigeant un territoire et toute autre « organisation », alors que l'incrimination vise exclusivement cette dernière catégorie de collectif. Peut-être la Cour a-t-elle simplement entendu établir, ce disant, qu'un groupe de personnes contrôlant un territoire s'apparente à une organisation. Si tel est le cas, la déclaration apparaît alors mal formulée, l'alternative posée pouvant laisser entendre que d'autres sortes de formations collectives que celles spécifiquement visées par le texte, à savoir des *organisations*, pourraient être tenues responsables de crime contre l'humanité. Cela explique, sans doute, que cette approche du collectif criminel, fondée dans le critère du contrôle territorial, n'ait jamais été reconduite dans la jurisprudence postérieure.

255. Capacité à mener à bien le projet criminel : critère retenu. – Pour autant, les chambres ont dégagé un élément d'interprétation utile – et cette fois valable – en précisant qu'il devait s'agir d'une *organisation capable de commettre une attaque généralisée ou systématique contre une population civile*[688]. Plutôt que définir intrinsèquement l'organisation visée, les juges ont donc mis l'accent sur sa capacité criminelle, ratifiant ainsi le critère ayant présidé à l'extension du domaine du crime contre l'humanité.

256. Indifférence aux caractéristiques structurelles de l'organisation. – L'accent mis sur cet élément de capacité tend à signifier le peu d'importance accordée aux caractéristiques structurelles du groupement. La jurisprudence postérieure le confirme. Une première manifestation en est la remarque, certes quelque peu timide, livrée par la chambre

---

[685] Art. 7 al. 2, a) du statut de Rome.
[686] CPI, 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, préc., n°92 ; CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Muthaura, Kenyatta et Ali*, préc., n°112 ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1117.
[687] CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Katanga* et *Ngudjolo Chui*, préc., n°396 ; CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Bemba Gombo*, préc., n°81.
[688] *Ibid*.

préliminaire II saisie de la situation kenyane. Selon elle, « *le caractère structuré d'un groupe et son degré d'organisation ne devraient pas être considérés comme des critères essentiels* »[689] lorsqu'il s'agit de déterminer si les standards de qualification posés par le texte d'incrimination sont satisfaits. Mais c'est véritablement à l'occasion du jugement rendu dans le cadre de l'affaire *Katanga* que la condition d'organisation sera détachée de toute considération tenant à la structure du groupement. Loin de se contenter de relever que le texte d'incrimination ne fait aucune mention d'un tel élément, la Chambre a procédé à une analyse approfondie de la notion d'organisation. Se référant, dans un premier temps, au sens ordinaire du terme, celle-ci a établi qu'il fallait comprendre la notion d'organisation au sens d'« *une association, régie ou non par des institutions, qui se propose des buts déterminés* »[690]. Puis, elle replaça cette définition dans le contexte que lui attache le texte d'incrimination, avant d'en déduire que la seule exigence applicable est, partant, que « *l'organisation dispose de ressources, de moyens et de capacités suffisants pour permettre la réalisation de la ligne de conduite ou de l'opération impliquant la commission multiple d'actes visés à l'article 7-2-a du Statut* »[691]. Poursuivant, la Chambre précisa qu'« *[i]l suffit donc qu'elle soit dotée d'un ensemble de structures ou de mécanismes, quels qu'ils soient, suffisamment efficaces pour assurer la coordination nécessaire à la réalisation d'une attaque dirigée contre une population civile. Ainsi, comme cela a été indiqué précédemment, l'organisation concernée doit disposer des moyens suffisants pour favoriser ou encourager l'attaque sans qu'il y ait lieu d'exiger plus* »[692]. À cela, elle ajouta, pour mieux asseoir la légitimité de sa proposition, qu'« *en effet, il est loin d'être exclu, tout particulièrement dans le contexte des guerres asymétriques d'aujourd'hui, qu'une attaque dirigée contre une population civile puisse être aussi le fait d'une entité privée regroupant un ensemble de personnes poursuivant l'objectif d'attaquer une population civile, en d'autres termes d'un groupe ne disposant pas obligatoirement d'une structure élaborée, susceptible d'être qualifiée de quasi-étatique* »[693]. Et la Chambre de renforcer la valeur de son interprétation en évinçant, par anticipation, tout argument qui pourrait être pris du caractère généralisé ou systématique de l'attaque pour appuyer le nécessaire rehaussement du degré d'organisation requis. Elle affirma, sans ambages, que « *le fait que l'attaque doive par ailleurs être qualifiée de généralisée ou de systématique ne signifie pas, pour autant, que l'organisation qui la favorise ou l'encourage soit structurée d'une manière telle qu'elle présente les mêmes caractéristiques que celles d'un État* »[694]. La Chambre conclut son analyse en rappelant, à nouveau, que « *ce qui compte avant tout ce sont (...) les capacités d'action, de concertation et de coordination, autant d'éléments essentiels à ses yeux pour définir une organisation qui, en raison même des moyens et des*

[689] CPI, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya, préc., n°90.
[690] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1119.
[691] *Ibid.*
[692] *Ibid*.
[693] *Ibid*.
[694] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1120.

ressources dont elle dispose comme de l'adhésion qu'elle suscite, permettront la réalisation de l'attaque »[695].

L'interprétation jurisprudentielle de la notion d'organisation ne ménage ainsi aucune marge d'appréciation et laisse clairement entrevoir une évolution du droit applicable au crime contre l'humanité. Si la condition de capacité reste un élément clef de l'identification des acteurs non-étatiques, celle-ci est détachée du degré d'institutionnalisation du groupement. C'est dire qu'il n'est plus nécessaire, comme cela pouvait être le cas devant les TPI, que l'entité se présente sous l'aspect d'un État de fait. Il suffira d'établir, à la lumière des éléments de faits propres à chaque cas d'espèce[696], qu'elle était bien en mesure de mener à bien le projet criminel qu'elle poursuivait.

257. Dévoiement du critère de capacité. – Un certain dévoiement du critère de capacité peut toutefois être constaté à l'analyse de plusieurs décisions ayant été rendues par la suite. À plusieurs reprises, la jurisprudence a affirmé qu'il convenait de déterminer « *si un groupe a la capacité d'accomplir des actes qui violent les valeurs humaines fondamentales* »[697] afin de remplir la condition d'organisation. Moins que le critère en tant que tel, c'est en réalité son objet qui est appréhendé différemment. En effet, la Cour ne raisonne alors plus sur la capacité du groupe à mener à bien une *attaque généralisée ou systématique contre une population civile*.

258. Critiques du glissement opéré : aspect théorique. – Ce glissement de l'interprétation prétorienne n'est pas acceptable du point de vue de la théorie générale de l'infraction internationale. La critique ne se rapporte pas au critère de capacité dégagé. Celui-ci est satisfaisant, puisqu'il enjoint justement à apprécier le pouvoir causal présenté par l'entreprise que l'on souhaite qualifier de crime contre l'humanité. Mais il ne peut l'être pleinement que s'il est rapporté à l'atteinte fondant l'illicéité de l'infraction, à savoir la mise en péril de la population civile visée[698]. Tel est, précisément, le défaut de la conception proposée par la jurisprudence lorsqu'elle raisonne sur la capacité du groupe à accomplir des *actes qui violent les valeurs humaines fondamentales*, car ces actes ne sont pas le résultat redouté du

---

[695] *Ibid*.

[696] Les chambres ont clairement énoncé que la question de savoir si un groupe donné peut être considéré comme une organisation au sens du statut doit être tranchée au cas par cas : CPI, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya, préc., n°90 ; CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *W. S. Ruto, H. K. Kogsey et J. A. Sang*, préc., n°185.

[697] CPI, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya, préc., n°90 ; CPI, Rectificatif à la décision relative à l'autorisation d'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, ICC-02/11-14-Corr-tFRA, Ch. prélim. III, 15 nov. 2011, n°46 ; CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *W. S. Ruto, H. K. Kogsey et J. A. Sang*, préc., n°184 ; CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Muthaura, Kenyatta et Ali*, préc., n°112.

[698] V. *supra*, n°161.

crime contre l'humanité. Du moins, il ne s'agit pas du résultat caractéristique de l'infraction. En réalité, *la violation des valeurs humaines fondamentales* n'est pas autre chose que le moyen d'accomplir l'objectif lointain que le système criminel cherche à atteindre : l'oppression d'une population civile déterminée[699]. La capacité du système criminel doit donc impérativement être conçue en lien avec ce résultat projeté au plan d'ensemble, c'est-à-dire *l'atteinte du groupe*, et non avec les atteintes intermédiaires portées aux individus, à peine de banaliser la qualification de crime contre l'humanité.

259. Critiques du glissement opéré : aspect pratique. Il suffit d'imaginer l'hypothèse d'un groupuscule[700] qui, ayant ourdi un projet d'extermination d'une collectivité civile donnée, entreprendrait de tuer les individus l'incarnant. Si l'on suit la conception proposée par la jurisprudence, la qualification de crime contre l'humanité pourrait être appliquée au comportement décrit et ce, quand bien même le collectif ne disposerait jamais des ressources suffisantes pour atteindre le but qu'il s'est fixé. Le cas échéant, aussi odieux soit le projet criminel, il n'en demeure pas moins impossible à accomplir. Dans ces conditions, le bien juridique protégé par l'incrimination ne court, alors, aucun péril *réel*, de sorte que l'action considérée ne parvient pas au seuil de l'illicéité pénale internationale. C'est dire que la coloration du crime contre l'humanité doit être réservée aux entreprises mettant effectivement en péril la collectivité protégée. Si tel n'est pas le cas, les qualifications pénales de droit interne doivent être privilégiées[701].

260. Retour à l'orthodoxie. – Si cette conception du critère de capacité a séduit plusieurs chambres préliminaires de la CPI, l'examen du jugement *Katanga* montre qu'elle n'a pas été suivie en première instance. Bien qu'elle ne l'ait pas explicitement censurée, la Chambre a néanmoins recentré la définition du critère de capacité autour du résultat spécifiant du crime contre l'humanité en concluant, à l'issue de son analyse de la condition d'organisation, qu'« *il suffit donc qu'elle soit dotée d'un ensemble de structures ou de mécanismes, quels qu'ils soient, suffisamment efficaces pour assurer la coordination nécessaire à la réalisation d'une attaque*

[699] Tel est le résultat redouté du crime contre l'humanité. Sur ce point, v. *supra*, n°127 et s.

[700] Vu la lecture admise du critère, tout groupe paraît pouvoir présenter la capacité requise. Comme l'a fait remarquer M. M. DEGUZMAN, « Crimes against humanity », *Routledge Handbook of International Criminal Law*, dir. W. Schabas et N. Bernaz, London, New-York : Routledge, 2010, p. 131 : « *Isn't almost any group, except perhaps group of children, capable of performing acts that infringe human basic values*? ».

[701] Dans cette hypothèse, la qualification d'homicide volontaire prévue à l'article 221-1 du Code pénal est envisageable, l'infraction étant susceptible de se voir appliquer la circonstance aggravante de bande organisée prévue à l'alinéa 8 de l'article 221-4 du Code pénal. Les crimes commis par le groupuscule seraient alors passibles de la réclusion criminelle à perpétuité. Par ailleurs, il est à noter que dans le cas où la stigmatisation de la collectivité dont les membres ont été atteint aurait été motivée par des considérations tenant à son sexe, à son orientation sexuelle ou à son identité de genre (vraie ou supposée), la nouvelle circonstance aggravante générale créée par la loi du 27 janvier 2017 et intégrée à l'article 132-77 du Code pénal pourrait également trouver à s'appliquer. Cela n'aurait toutefois aucune incidence sur la peine encourue qui resterait la réclusion criminelle à perpétuité.

dirigée contre une population civile »[702]. La Chambre de première instance III s'est ralliée à cette approche dans l'affaire *Bemba Gombo*[703], ce qui suggère que l'interprétation extensive du critère de capacité ne devrait donc pas prospérer. Il reste toutefois à attendre que les affaires à l'occasion desquelles cette conception a été élaborée soient jugées au fond, pour que l'on puisse en avoir la certitude.

261. Transition. – En attendant, le constat qui s'impose reste celui de l'ouverture du domaine du crime contre l'humanité par la jurisprudence de la Cour pénale internationale. Il est clair, désormais, que la qualité du collectif mettant en œuvre le projet d'atteinte à la population civile n'importe pas : il peut s'agir d'un État, d'un quasi-État, mais plus encore de tout groupement privé pourvu que sa capacité à mener à bien le projet d'atteinte à la population civile puisse être établie. Si cette interprétation progressiste du crime contre l'humanité est saluée par une partie de la doctrine, d'aucuns y restent toutefois irréductiblement opposés.

b- Le critère structurel prôné par la doctrine

262. Limitation aux organisations quasi-étatiques. – De nombreux commentateurs contestent la délimitation jurisprudentielle du domaine du crime contre l'humanité. Le juge Hans-Peter KAUL, notamment, s'est employé à démontrer que le concept de crime contre l'humanité devait être réservé aux entreprises conduites par des États ou, à tout le moins, par des groupements en présentant les caractéristiques structurelles. Selon lui, la notion d'organisation visée par le statut de Rome doit en effet s'entendre d'une « *entité susceptible d'agir comme un État ou possédant des capacités quasi-étatiques* »[704]. Plusieurs arguments sont invoqués au renfort de cette théorie que partage, au demeurant, une partie de la doctrine.

263. Argument historique. – Il faut noter, avant toute autre chose, la prégnance de la réalité historique du crime contre l'humanité dans les discussions relatives à la détermination des acteurs de l'infraction[705]. La notion ayant été forgée en réaction aux politiques oppressives mises en œuvre par les régimes totalitaires au cours de la seconde guerre mondiale, l'implication d'une autorité de pouvoir dans la réalisation de l'infraction est perçue, au moins intuitivement, comme le marqueur de sa spécificité. Même si l'idée de cantonner les acteurs du crime contre l'humanité aux seuls États est aujourd'hui dépassée, cette donnée historique n'est cependant jamais négligée et tend à appuyer la limitation de son domaine aux seules entreprises conduites par des États ou, à tout le moins, par des organisations en présentant les propriétés[706].

---

[702] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1119 (Nous soulignons).
[703] CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n° 158.
[704] Opinion dissidente du juge Hans-Peter KAUL annexée à la Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya, préc., n°51.
[705] *Ibid.*, n°58 à 65.
[706] V. par ex. J.-F. ROULOT, *Le crime contre l'humanité*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2003, pp. 150-151.

264. Rejet de l'argument. – Pour autant, ce paradigme historique ne peut convaincre de la nécessité de restreindre les acteurs du crime contre l'humanité aux seules organisations quasi-étatiques. Certes, l'infraction a été créée pour saisir une forme de criminalité étatique. Mais c'est là un élément de fait, dont on ne peut valablement déduire, sur le plan juridique, que l'implication d'une autorité souveraine est une condition du crime contre l'humanité[707]. Ce paralogisme naturaliste prive la qualification de toutes ses potentialités. L'infraction doit être adaptée aux réalités du monde contemporain et, particulièrement, à l'émergence de nouveaux acteurs privés dont la puissance peut égaler celle des États.

265. Capacité à mener à bien l'entreprise criminelle contre l'humanité. – Le second argument est substantiel. Il consiste dans l'idée que « *des crimes d'une telle nature et d'une telle ampleur n'ont pu voir le jour que parce qu'une politique d'État a été suivie de manière planifiée et concertée par différentes composantes de la puissance publique résolues à priver intégralement et radicalement de leurs droits fondamentaux certaines parties de la population civile* »[708]. Si l'on suit ce point de vue, la perpétration d'un crime contre l'humanité postulerait la confiscation de l'appareil d'État afin de le mettre au service de la concrétisation de la politique oppressive.

266. Rejet de l'argument. – La proposition n'est pourtant pas irréfragable. Certes, la définition de certains crimes sous-jacents commande manifestement l'institutionnalisation de l'entreprise criminelle. Le crime d'apartheid, par exemple, est décrit comme la commission d'actes inhumains « *dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime* »[709]. Il est clair que la réalisation d'une telle pratique suppose que l'organisation qui l'initie ait la mainmise sur l'appareil étatique. Que l'emprise exercée soit de droit ou de fait importe peu, certes, mais il faut cependant que le groupement criminel assume une autorité véritable sur le système d'État, de sorte que la détention de caractéristiques étatiques par l'organisation se présente effectivement, dans ce cas de figure, comme une condition *sine qua non* de l'infraction.

Cela étant, aucun crime sous-jacent n'est par lui-même essentiel à la consommation du crime contre l'humanité. L'infraction peut aussi bien être consommée par l'un des autres comportements sous-jacents visés. Or, tous ne requièrent pas l'engagement de la puissance

---

[707] G. WERLE et B. BURGHARDT, « Do crimes against humanity require the participation of a state or a state-like organization ? », *JICJ*, vol. 10, 2012, p. 1161. Egalement en ce sens : M. DI FILIPPO, « Terrorist Crimes and International Co-operation : Critical Remarks on the Definition and Inclusion of Terrorism in the Category of International Crimes », *EJIL*, vol. 19, n°3, 2008, p 567.
[708] Opinion dissidente du juge Hans-Peter KAUL annexée à la Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya, préc., n°60.
[709] Art. 7 al. 2, h) du Statut de Rome.

publique au titre de leur constitution. Mais pour le juge KAUL, il n'en demeure pas moins que l'implication des institutions étatiques demeure en tout état de cause indispensable compte tenu de la dimension des crimes commis. Moins que la nature, c'est alors l'ampleur du crime contre l'humanité qui exigerait que l'organisation ait supplanté l'État dans l'exercice du pouvoir souverain, à défaut de quoi celle-ci ne serait jamais en mesure de parachever son projet criminel. Mais n'est-ce pas alors préjuger de la capacité criminelle d'un collectif ? Ne peut-on pas imaginer que n'importe quelle organisation puisse faire peser une menace réelle sur l'existence du groupe protégé dans la mesure où elle aurait en sa possession des moyens destructeurs particulièrement efficaces[710] ? D'aucuns pourront rétorquer qu'il est illusoire qu'un tel processus criminel soit mené à son terme si l'appareil étatique n'est pas perverti puisque, le cas échéant, l'exercice régulier de la puissance publique devrait constituer une entrave à son déroulement. La question se pose cependant avec une acuité particulière dans l'hypothèse où l'État serait défaillant. La puissance du collectif criminel n'aurait alors plus d'autres limites que l'étendue de ses ressources. Pourquoi, dès lors, exiger de surcroît que son autorité soit comparable à celle de l'État, au risque d'exclure du champ de la qualification des actions susceptibles de générer la mise en péril effective de certaines populations civiles ?[711] Cet écueil est évité par la jurisprudence qui privilégie une approche souple de la notion d'organisation. En somme, si la défaillance de l'autorité étatique est incontestablement essentielle à la concrétisation d'un crime contre l'humanité, la proposition ne doit pas trouver réception dans un critère de définition structurel de l'organisation – car exiger qu'elle présente les caractères d'un État de fait revient finalement à durcir l'exigence de défaillance du pouvoir souverain en requérant l'usurpation de ce pouvoir par l'organisation –. Or, elle doit plutôt être appréhendée comme un élément d'appréciation de la capacité criminelle du groupement, capacité qui doit rester le seul critère déterminant de la qualification de l'élément contextuel[712].

267. Légitimité de l'internationalisation de l'incrimination. – Cet argument de capacité n'est pas le seul avancé par les partisans de l'interprétation restrictive de la notion d'organisation. Ils font également valoir l'idée que la qualité étatique ou quasi-étatique de l'entité poursuivant la politique d'oppression fonde l'interdit dans lequel est ancré le crime contre l'humanité, en ce sens que la protection des populations civiles incombe à l'État sous l'autorité duquel elles sont placées. C'est ainsi ce manquement au devoir élémentaire que lui

[710] En ce sens : C. KRESS, « On the Outer Limits of Crimes against Humanity : The Concept of Organization within the Policy Requirement : Some reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision », *Leiden journal of international law*, vol. 23, 2010, p. 865.

[711] En ce sens : C. JALLOH, « What makes a crime against humanity a crime against humanity », préc., p. 416-417. *Contra* : C. KRESS, « On the Outer Limits of Crimes against Humanity : The Concept of Organization within the Policy Requirement : Some reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision », préc., p. 866 qui semble considérer qu'il s'agit d'un cas d'école à ignorer : « *The cases where loosely organized private individuals may pose the kind of threat in question will also nowadays be very exceptionnal and that it is legitimate for the definition of a crime to deal with the typical case* ».

[712] En ce sens : G. WERLE, B. BURGHARDT, « Do crimes against humanity require the participation of a state or a state-like organization ? », préc., p. 1161.

impose le contrat social qui serait à la source de l'internationalisation de l'incrimination[713]. Or, cette « responsabilité de protéger » étant communément envisagée comme le corollaire de la souveraineté[714], seules les entités présentant de tels attributs peuvent en être les dépositaires. Par voie de conséquence, l'essence même de l'infraction resterait de l'ordre de l'impénétrable pour les organisations de fait ne présentant pas de caractéristiques étatiques, celles-ci n'étant pas liées par une telle obligation.

268. Rejet de l'argument. – Cette présentation, selon laquelle l'intervention de la Communauté internationale, par la technique de l'incrimination pénale, aurait en somme vocation à remédier à la défaillance de l'État dans la fonction de protection des peuples qui lui échoit, peut à première vue sembler séduisante. Elle emporte cependant des contradictions irrésistibles. En effet, si la protection internationale devait être évincée chaque fois que l'entité à l'origine de l'attaque n'est pas tenue par la responsabilité de protéger la collectivité visée, alors les offensives menées par un État contre la population civile d'un autre État se trouveraient immanquablement exclues du concept de crime contre l'humanité dès lors que, dans cette hypothèse, l'État assaillant n'est pas sujet à cette obligation envers la population civile de l'État assailli[715]. Il s'ensuit que le concept de la responsabilité de protéger ne peut être considéré comme un élément de délimitation opérant du crime contre l'humanité.

269. Légitimité de l'internationalisation de la répression. – Cet argument de légitimité est par ailleurs appliqué à l'internationalisation de la répression pénale. Remontant aux origines de la justice pénale internationale, une partie de la doctrine souligne que l'institutionnalisation des juridictions pénales internationales n'a d'autre raison d'être que l'implication de l'appareil d'État dans la réalisation du crime contre l'humanité. Cela est incontestable : la crainte que les crimes commis ne soient jamais jugés – ou à tout le moins mal jugés – si les poursuites étaient laissées à la seule discrétion des autorités nationales explique qu'il ait été décidé d'associer à la notion un régime répressif spécifique. Partant de cette approche fonctionnelle de la justice pénale internationale, de nombreux auteurs arguent de

---

[713] D. LUBAN, « A theory of crimes against humanity », *Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004, p. 117 où l'auteur développe cette théorie, expliquant que « *the legal category of "crimes against humanity" recognizes the special danger that governments, wich are supposed to preotect the people who live in their territory, will instead murder them, enslave them, and persecute them, transforming their homeland from a haven into a killing field* ». V. également l'opinion dissidente du juge Hans-Peter KAUL annexée à la Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya, préc., n°63.

[714] « La responsabilité de protéger », *Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États* (*CIISE*), Publié par le Centre de recherches pour le développement international, décembre 2001, p. 9, n°1.35 : « *Il est communément admis que la souveraineté implique une double responsabilité : externe – respecter la souveraineté des autres États – et interne – respecter la dignité et les droits fondamentaux de toute personne vivant sur le territoire de l'État. Dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, dans la pratique des Nations Unies et dans la pratique étatique elle-même, la souveraineté s'entend aujourd'hui comme englobant ces deux responsabilités* ». v. également, *ibid*., p. 14, n°2. 15.

[715] G. WERLE, B. BURGHARDT, « Do crimes against humanity require the participation of a state or a state-like organization ? », préc., p. 1164.

l'inutilité de soumettre les attaques menées par des groupements ne s'étant pas élevées au rang d'un quasi-État à l'office des juridictions internationales, le risque d'impunité des crimes commis étant alors inexistant[716]. Au contraire, les États seraient particulièrement enclins à déclencher des poursuites pénales dans ce cas de figure ; et quand bien même ils n'en auraient pas l'aptitude, le problème devrait alors être résolu par le recours au mécanisme de la coopération internationale et non celui de la justice pénale internationale[717]. C'est dire que l'interprétation restrictive de la notion d'organisation trouverait ainsi à se justifier par des considérations d'opportunité répressive. Gage de l'adaptation de la réponse pénale à la nature de l'affaire, elle permettrait corrélativement d'assurer l'efficacité du fonctionnement de la Cour pénale internationale en évitant l'engorgement de la juridiction.

270. Rejet de l'argument. – L'argument, ici encore, ne saurait aboutir. La notion d'infraction internationale n'est pas une notion fonctionnelle, dont le seul enjeu est d'internationaliser le traitement judiciaire de l'affaire. Elle est une notion conceptuelle, couvrant les crimes les plus graves – dont le crime contre l'humanité –, parce qu'ils compromettent l'existence de communautés entières. Or l'aléa d'impunité ne participe pas de la réalité de ce péril ; il se rapporte à la manière dont celle-ci va pouvoir être sanctionnée. Pour cette raison, aussi fondamental que puisse être le défi de la répression, celui-ci ne saurait entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de définir les comportements constitutifs de la menace incriminée[718]. D'autant que la Cour pénale internationale n'a aucunement vocation à supplanter les juridictions nationales, sinon à les suppléer[719]. La répartition des compétences répressives est justement articulée en considération de l'éventuelle défaillance du système judiciaire interne, comme en témoigne l'article 17 du statut qui l'érige en critère de recevabilité de

---

[716] W. SCHABAS, « State policy as an element of international crimes », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, n°3, printemps 2008, p. 974 ; A. GIL GIL, « Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional » in K. AMBOS (Dir.), *La nueva justicia penal internacional : desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 78. Article disponible à l'adresse suivante (v. p. 13) : http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/1loscrimenescontralahumanidadyelgenocidio.pdf ; C. KRESS, « On the Outer Limits of Crimes against Humanity : The Concept of Organization within the Policy Requirement : Some reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision », préc., p. 866.
Contra : G. WERLE, B. BURGHARDT, « Do crimes against humanity require the participation of a state or a state-like organization ? », préc., p. 1163 : « *if a group of persons succeeds in breaking the state's monopoly of force in such a fundamental and serious way, it is not improbable that those responsible for the attack will also manage to avoid state prosecution. The lack of appropriate punishment by Kenyan courts of the crimes now being investigated by the ICC provides an illustration of this* ».
[717] W. SCHABAS, « State policy as an element of international crimes », préc., p. 974.
[718] En ce sens : G. WERLE, B. BURGHARDT, « Do crimes against humanity require the participation of a state or a state-like organization ? », préc., p. 1163.
[719] La répartition des compétences répressives est désormais gouvernée par le principe de complémentarité, comme l'indique l'article 1 du statut de Rome. Ainsi la compétence de la CPI ne va pas l'emporter sur celles des juridictions nationales : à partir du moment où la répression de l'affaire peut – ou est – valablement conduite au plan interne, la juridiction internationale n'est pas vouée à en en connaître. Mais il est vrai qu'il n'en a pas toujours été ainsi, puisque c'est au contraire un principe de primauté des juridictions internationales qui prévalait jusqu'alors.

l'affaire devant la Cour pénale internationale[720]. L'érection du juge interne en juge naturel du crime international, et donc du crime contre l'humanité, réserve ainsi l'office de la juridiction internationale aux seules situations où le danger d'impunité est avéré. C'est dire qu'il ne risque en aucun cas d'être galvaudé par l'admission des organisations non-étatiques parmi les acteurs potentiels du crime contre l'humanité.

271. Conclusion. – Aucune objection dirimante ne s'oppose donc à ce que l'on admette que le projet criminel contre l'humanité puisse être mis en œuvre par des organisations dépourvues de caractéristiques étatiques. Fondamentalement, le seul élément devant être considéré réside dans la capacité criminelle de l'organisation. C'est en effet à cette seule condition que la réalité de la menace pour l'existence du groupe protégé peut être établie, et par conséquent que le contexte du crime contre l'humanité peut être caractérisé. Aussi l'interprétation dynamique et progressiste de la notion d'organisation par la Cour pénale internationale est-elle opportune. En faisant prévaloir une approche matérielle de la capacité criminelle du groupement sur l'approche personnelle, jusqu'alors admise, la jurisprudence rend toute sa portée à l'ouverture du domaine de l'infraction, ouverture qui, rappelons-le, a été initiée eu égard au fait que des collectifs autres que des États pouvaient être les acteurs de la mise en péril d'une population civile que sanctionne le crime contre l'humanité.

B. L'exclusion des organisations privées du champ de l'agression armée

272. Limitation classique du domaine de l'agression armée aux comportements étatiques. – La notion d'agression, quant à elle, n'a jamais été étendue à des entreprises non-étatiques. Elle est restée conçue, depuis la création de l'infraction dont elle en constitue l'objet, comme un fait étatique par essence. Sur le plan pénal, il est vrai que c'est moins la définition du crime contre la paix – silencieuse s'agissant de la teneur de la notion de guerre d'agression – que son *occasio legis* qui lui vaut cette caractéristique de crime d'État. La répression des guerres

[720] Art. 17 al. 1, a) du statut de Rome : « *Eu égard au dixième alinéa du préambule et à l'article premier, une affaire est jugée irrecevable par la Cour lorsque : a) L'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites ; b) L'affaire a fait l'objet d'une enquête de la part d'un État ayant compétence en l'espèce et que cet État a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État de mener véritablement à bien des poursuites ; (…)* ». L'alinéa 2 de cette même disposition précisant que « *Pour déterminer s'il y a manque de volonté de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère l'existence, eu égard aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international, de l'une ou de plusieurs des circonstances suivantes : a) La procédure a été ou est engagée ou la décision de l'État a été prise dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour les crimes relevant de la compétence de la Cour visés à l'article 5 ; b) La procédure a subi un retard injustifié qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée ; c) La procédure n'a pas été ou n'est pas menée de manière indépendante ou impartiale mais d'une manière qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée* ».

conduites par le régime nazi a en effet été l'unique circonstance de son application, de sorte que l'infraction est, depuis, généralement comprise comme relevant de l'exécution d'une politique criminelle étatique. Le traitement de l'agression armée en droit international explique à plus forte raison son assimilation à un phénomène exclusivement étatique. Le principe d'interdiction du recours à la force au sein des relations internationales, tel que consacré dans la Charte des Nations Unies, est en effet formulé à destination des États membres de l'Organisation[721]. La résolution 3314 portant définition de l'agression armée qui sera par la suite adoptée par son Assemblée générale s'inscrit dans le droit fil de cette disposition dont elle est directement issue. L'acte d'agression y est présenté comme l'emploi de la force armée *par un État*[722] contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État. À partir de là, la limitation de son domaine aux relations interétatiques est devenue un précepte qui ne sera jamais plus discuté. La Commission du Droit international chargée d'élaborer le projet de Code de crime contre la paix et la sécurité internationales affirmera de son côté que « *la règle de droit international qui interdit l'agression s'applique en effet à la conduite d'un État à l'égard d'un autre État. Par conséquent, seul un État est capable de commettre une agression en violation de la règle de droit international interdisant cette conduite* »[723].

273. Limitation textuelle du domaine de l'agression armée aux comportements étatiques. – Sans grande surprise, c'est ainsi cette conception classique de l'agression armée, focalisée sur la figure de l'État souverain, qui sera entérinée dans l'incrimination contemporaine du crime d'agression adoptée à Kampala[724]. L'alinéa second de l'article *8 bis* du statut de Rome reprend *in extenso* la formule employée par la résolution onusienne définissant l'acte d'agression comme le comportement d'un État envers un autre État[725]. La disposition ne ménage donc aucune forme d'interprétation sur ce point : l'usage de la force armée par une entité privée n'est pas couvert par cette qualification[726]. Est en revanche admise l'hypothèse d'une agression indirecte, en ce sens que le comportement incriminé peut être constitué à l'endroit d'un usage de la force armée par des « *bandes, groupes, troupes irrégulières ou mercenaires armés* »[727] contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un État souverain, dans la mesure où ils auraient été envoyés par un État ou à tout le moins en son nom.

[721] Charte de l'organisation des Nations Unies du 26 juin 1945, Article 2§4.
[722] AGNU, Rés. 3314(XXIX), doc. off. A/RES/3314(XXIX), *Définition de l'agression*, 14 déc. 1974, art. 1.
[723] *Ann. CDI*, 1996, vol. II(2), p. 45 n°4.
[724] Le principe de la limitation du domaine de l'infraction aux comportements étatiques fut très vite admise ; elle ne suscita aucun véritable débat chez les délégataires présents à Kampala. En réalité, la seule question qui fut discutée fut celle de la délimitation du cercle des personnes que l'on devait pouvoir rendre responsables de la réalisation d'un acte d'agression : C. KRESS, « The crime of aggression before the first review of the ICC statute », *Leiden Journal of International law*, vol. 20, n°4, 2007, p. 855, p. 855, n°2.1.
[725] Sur la limitation du domaine *ratione personae* du crime d'agression aux seules personnes effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un Etat, v. *infra*, n°537 et s.
[726] O. TRIFFTERER et K. AMBOS, *The Rome statute of the International criminal Court, A commentary*, C.H.Beck/Hart/Nomos, 3ème éd., 2016, p. 605, n° 91.
[727] Article 8 *bis*, al. 2, g) du Statut de Rome.

L'attribution de la conduite armée à une entité étatique reste ainsi, même dans une telle situation, une condition *sine qua non* de la qualification de l'acte d'agression.

274. Ouverture du domaine de l'agression armée aux comportements non-étatiques : proposition doctrinale. – Une partie de la doctrine s'inscrit en faux de cette conception de l'agression armée, fondée dans une approche classique des relations internationales, en considérant qu'elle serait aujourd'hui dépassée. Un auteur livre, notamment, l'analyse suivante : « *La focalisation sur l'État est particulièrement curieuse au vu de la doctrine relative à la transformation de la guerre, qui prédit une décentralisation en hausse, la disparition du monopole de l'État sur les forces de combat, un recul de la guerre conventionnelle, l'apparition de groupements ou d'individus dotés de pouvoirs de plus en plus importants et des centres de gravité stratégiques intangibles. En réalité, les États font dorénavant face à une menace générale provenant de guérillas transnationales qui agissent de manière indépendante et qui sont capables de convaincre les populations de la légitimité de leur violence. Les gouvernements qui souhaitent consolider leurs pouvoirs dans ce contexte doivent impérativement s'allier et prévenir l'érosion de leur monopole de la violence légitime en renforçant les conventions sur la guerre existantes et en criminalisant l'agression par les groupes armés non-étatiques et, finalement, par des individus dotés d'importants pouvoirs. Le droit international pénal, qui s'applique aux États, est un moyen d'intervention tout indiqué. Cela permettrait aussi d'assurer la pertinence de la définition du crime d'agression pour l'avenir* »[728]. Eu égard à cette mutation de l'ordre international, le spectre de l'agression armée doit selon eux être élargi aux fins d'y inclure les attaques armées menées par des entités privées.

275. Critère tenant à la capacité subversive du groupement. – Dès lors que les moyens humains, matériels et financiers dont les groupements privés peuvent disposer leur confèrent une force de coercition semblable à celle d'un État[729], ces auteurs considèrent qu'ils

---

[728] N. WEISBORD, « Conceptualizing Aggression », *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 20, 2009-2010, p. 27 : « *This fixation on the state is particularly troubling in light of the literature on the transformation of war, which forecasts increasing decentralization, the state's continued loss of its monopoly on combat forces, the diminishing importance of conventional war, the rise of superempowered groups and individuals, and intangible strategic centers of gravity. The reality is that states now face a common threat from independently acting transnational guerillas that, we are seeing, are able to convince populations of the legitimacy of their violence. Governments wishing to consolidate power in this context have an impetus to band together and prevent the erosion of their monopoly on the use of legitimate violence by reinforcing the existing war convention and criminalizing aggression by non-state groups and, eventually, superempowered individuals. International criminal law, which penetrates the state, is a sensible place to intervene. This would also ensure the relevance of the definition of the crime of aggression as times change* » (traduction libre). En ce sens également : A. G. WILLS, « The Crime of Aggression and the Resort to Force against Entities in Statu Nascendi », *JICJ*, vol. 10, 2012, p 84 : « *As long as civil conflicts continue to fester while the incidence of inter-state conflicts declines, the Kampala definition will increasingly be seen as tomorrow's answer to yesterday's problems* » ; M. GRAZIANO, L. MEI, « The Crime of Aggression under the Rome Statute and Implications for Corporate Accountability », *Harvard International Law Journal,* Vol. 58, spring 2017, p. 56-57.

[729] R. KOLB, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, *op. cit*., p. 240 ; C. MCDOUGALL, *The crime of aggression under the Rome statute of the International Criminal Court*, *op. cit*., p. 108.

devraient être pareillement soumis à l'interdit fondateur du crime d'agression sans quoi le but pacificateur qui lui a été assigné ne saurait être pleinement atteint[730]. En d'autres termes, c'est moins sur le statut politique de l'agresseur que sur les caractères de la force armée employée qu'il conviendrait de raisonner pour délimiter le champ de l'infraction[731]. Il s'ensuit que tout groupement détenteur d'une « *capacité d'utiliser la force au même degré que les États* »[732] devrait pouvoir être tenu responsable de la réalisation d'un acte d'agression. Ainsi des groupes paramilitaires ou terroristes pourraient-ils être à l'origine d'un acte d'agression, au même titre qu'une entité étatique. La notion d'agression armée se trouverait, en conséquence, transfigurée : elle cesserait de consister en un abus de souveraineté étatique pour correspondre, plus largement, à un recours abusif à la force des armes.

276. Bien-fondé du critère dégagé. – Cette proposition doctrinale fait clairement écho aux considérations ayant conduit à l'extension des contextes du crime de guerre et du crime contre l'humanité aux attaques menées par des organisations privées. La question est alors de savoir si les mêmes arguments peuvent prospérer en matière de crime d'agression. Sur le plan juridique, rien ne paraît s'y opposer. L'illicéité d'une action résidant dans la lésion qu'elle emporte au bien juridique que le Droit couvre de sa protection, il en découle que la criminalisation d'un comportement ne peut trouver à se justifier que s'il présente l'aptitude causale suffisante pour engendrer une telle lésion. Cette condition est nécessaire ; elle fonde la légitimité de l'incrimination. Mais elle est aussi suffisante. Dès lors qu'un comportement est effectivement de nature à causer ladite atteinte, ce qui suppose qu'il présente une *capacité* dommageable, sa criminalisation satisfait aux exigences du principe de nécessité[733]. Puisque ladite atteinte consiste, s'agissant de l'agression armée, dans la mise en péril d'une collectivité étatique, cette aptitude s'entend, en l'occurrence, d'une *potentialité* dommageable. Il ne s'agit donc pas de vérifier que l'entreprise agressive a effectivement conduit à la subjugation de l'État ciblé, mais simplement qu'elle en avait la capacité. Cela suppose alors d'apprécier si les moyens dont disposait l'entreprise étaient suffisants pour lui permettre de parachever ses ambitions agressives. Le cas échéant, celle-ci présente indiscutablement la coloration illicite requise.

---

[730] R. Kolb, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, *op. cit*., p. 240 ; N. WEISBORD, « Conceptualizing Aggression », préc., p. 30 ; A. G. WILLS, « The Crime of Aggression and the Resort to Force against Entities in Statu Nascendi », *JICJ*, vol. 10, 2012, p. 103 ; M. POLITI, « ICC and the Crime of aggression : A dream that came through and the reality ahead », *JICJ*, vol. 10, 2012, p. 286 où l'auteur critique plus particulièrement l'exclusion des dirigeants de groupes armés non étatiques du champ de la responsabilité pénale afférente à l'infraction, exclusion qu'il considère comme étant contraire aux principes établis dans le Statut de Rome eu égard aux infractions de crimes contre l'humanité et de crime de guerre qui peuvent être reprochées aux membres de groupes organisés non-étatiques.

[731] A. G. WILLS, « The Crime of Aggression and the Resort to Force against Entities in Statu Nascendi », préc., p. 105 : « *The regulation of the use of force should take into account the wrongfulness and seriousness of the conduct, not simply the identity of the perpetrator and victim* » ; K. AMBOS, « the crime of aggression after Kampala », *German Yearbook of International Law*, vol. 53, 2010, p. 488 : « *The essence of the crime of aggression is not so much determined by the actor but by the wrongfulness of the act* ».

[732] R. KOLB, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, *op. cit*., p. 240.

[733] V. *supra*, n°203.

L'extension du domaine du crime d'agression, sur la base du critère de capacité dégagé par la doctrine, apparaît ainsi conforme aux exigences théoriques du principe de nécessité. En réalité, aucun élément ne semble commander l'ancrage de cette capacité criminelle dans une structuration politique particulière. S'il est certain que toute organisation étatique en est nécessairement détentrice, compte tenu des ressources dont elle dispose, cela n'implique pas qu'aucun autre type d'organisation ne puisse être pourvu de pouvoirs similaires. La discussion doit, en réalité, être placée sur le terrain de la preuve : présumée lorsqu'elle se rapporte à l'État, cette capacité criminelle doit en revanche être démontrée, au vu des éléments de fait propres à chaque espèce, lorsque l'agresseur est une organisation non-étatique.

277. Applicabilité théorique de la qualification aux attaques terroristes. – Si la doctrine majoritaire défend cette extension du domaine de l'infraction, d'aucuns y restent toutefois peu favorables. Leur résistance tient essentiellement à la potentielle applicabilité du crime d'agression aux offensives terroristes qui pourrait en découler. Selon eux, les entreprises terroristes doivent rester en dehors du champ du crime d'agression, ces deux infractions constituant « *deux espèces de crimes bien différentes* »[734]. L'argument avancé au soutien de cette idée est le suivant : « *Les attaques terroristes non-soutenues par un État n'ont pas leur place au sein de la notion d'agression, parce qu'elles ne sont généralement pas conduites dans le but d'attaquer et d'envahir un territoire étranger, ce qui est l'essence du crime d'agression. Les attaques terroristes tendent rarement à renverser le gouvernement d'un État étranger, mais sont destinées à répandre la terreur dans la population civile et à atteindre les institutions de l'État ciblé* »[735]. Ce raisonnement appelle deux remarques. D'une part, son point d'ancrage n'est aucunement situé dans la qualité non-étatique des groupements terroristes. Il réside, en réalité, dans l'absence de coïncidence des ambitions terroristes et agressives. C'est dire qu'il s'agit moins d'une question d'acteur que de nature du projet poursuivi. D'autre part, il repose sur une appréhension quelque peu restrictive du but terroriste, relevant davantage du sens commun que de l'interprétation des textes juridiques. En effet, au vu de certains instruments juridiques utiles, celui-ci consiste en une intention de déstabiliser gravement ou détruire les structures fondamentales de l'État[736]. Celle-ci est donc loin d'être inconciliable avec le but caractéristique

---

[734] C. McDougall, *The crime of aggression under the Rome statute of the International Criminal Court*, *op. cit*., p. 110 (traduction libre).

[735] C. Stahn, « International Law at a Crossroads. The Impact of September 11 », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* vol. 62, 2002, pp. 250-251 : « *Terrorist attacks without a state-sponsored background do not properly fit within the categories of aggression, because they are usually not carrie dout in an attempt to move into and invade foreign territory, which is the core idea of aggression. Terrorist attacks are seldomly directed towards the take-over of governmental powers in a foreign state, but are designed to spread terror among the civilian polation and to hit the institutions of the targeted state* » (traduction libre). En ce sens également : C. McDougall, *The crime of aggression under the Rome statute of the International Criminal Court, op. cit.,* p. 110

[736] Notamment, la directive relative à la lutte contre le terrorisme adoptée dans le cadre de l'Union européenne le 31 mars 2017 entend par infraction terroriste une liste d'actes intentionnels qui « *par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale lorsqu'ils sont commis dans l'un des buts énumérés au paragraphe 2* » soit « a*) gravement intimider une population ; b) contraindre indument des*

de l'agression armée, à savoir la domination de l'État ciblé[737]. En somme, cette définition ne lève aucun obstacle irrésistible à ce qu'un groupe terroriste puisse être admis comme l'auteur d'un acte d'agression, si tant est que l'entreprise de déstabilisation de l'État ciblé visait précisément à l'assujettir à son autorité.

278. Applicabilité pratique de la qualification aux attaques terroristes. – Bien que l'application de la qualification à une attaque terroriste soit ainsi envisageable sur le plan théorique, il reste cependant peu probable que l'opération puisse aboutir en pratique. Aussi large que puisse être le maillage de leur réseau criminel, l'organisation de ces structures, fonctionnelle comme structurelle, est généralement trop précaire pour leur permettre d'asseoir une quelconque autorité sur une puissance établie. Comme le relève en ce sens un partisan de l'élargissement de la notion d'agression armée aux acteurs non-étatiques, « *force est donc de constater que, pour l'instant, ce sont surtout les États qui possèdent des armées et sont capables de se lancer des conflits armés mais qu'émergent à leurs côtés toujours plus d'entités informes de type terroriste, cherchant à exercer des pesées de pouvoir par des moyens armés* »[738]. Certes, on ne peut valablement préjuger qu'il en sera toujours ainsi. Mais tant que ces groupements resteront dépourvus de réelle stabilité, la caractérisation du critère de capacité risquera fortement d'échouer, neutralisant ainsi la possibilité de retenir la qualification de crime d'agression.

279. Extension illusoire de la qualification aux entités non-étatiques. – Encore faudrait-il, pour que la question se pose réellement, que l'ouverture du domaine du crime d'agression soit entérinée. Or pour l'instant, elle ne constitue pas autre chose qu'un vœu pieux de la doctrine. La définition de l'incrimination fait formellement obstacle à ce qu'elle soit appliquée aux actes d'agression menés par des groupements privés. La Cour ne pourra donc en aucun cas étendre le domaine de l'acte d'agression par voie d'interprétation[739]. Il est du reste peu plausible que les amendements du texte pris à Kampala fassent l'objet de modifications dans un futur proche[740]. Et même dans l'hypothèse où une discussion à ce sujet viendrait à intervenir, il y a de fortes chances que l'extension du champ de l'infraction achoppe sur le fort consensus politique régnant sur le caractère étatique de l'agression armée.

---

pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ; c) gravement déstabiliser ou détruire les structures politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales fondamentales d'un pays ou d'une organisation internationale » (nous soulignons). v. Directive 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil, Journal officiel de l'Union européenne, L 88, 31 mars 2017, art. 3.
Sur la question du but terroriste, v. *supra*, n°68 et les notes de doctrines auxquelles il est fait référence.
[737] V. *supra*, n°106 et s.
[738] R. KOLB, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, *op. cit*., p. 240
[739] M. POLITI, « ICC and the Crime of aggression : A dream that came through and the reality ahead », *JICJ*, vol. 10, 2012, p. 287
[740] *Ibid*.

280. Conclusion de la Section 1. – Apparaît ainsi, à l'issue de cette analyse, la condition fondamentale gouvernant la constitution de l'élément contextuel des infractions internationales : le projet d'annihilation du groupe protégé doit être mis en œuvre par un collectif *capable* de mener son exécution à son terme. Cette aptitude concrétise en effet la menace que fait peser le projet sur l'existence du groupe, et justifie, partant, l'intervention du droit international pénal puisque l'objet de sa protection se trouve alors menacé. Le fait que l'État soit présumé remplir cette exigence à raison du pouvoir que lui confèrent les différentes composantes de la puissance publique n'exclut pas que d'autres types de groupements puissent également en être pourvus. C'est de cette prise de conscience simple que procède l'extension du champ d'application du crime de guerre et du crime contre l'humanité. Il est regrettable que celui du crime d'agression ait échappé à cette dynamique. Déjà le tribunal militaire de Nuremberg avait fondé la légitimité des incriminations nouvellement consacrées dans la nécessité d'adapter sans cesse le droit « *aux besoins d'un monde changeant* »[741]. L'exigence est toujours d'actualité. La transfiguration de la société internationale a en effet laissé émerger de nouveaux acteurs dont la puissance destructrice rivalise avec celle des États souverains. À ce titre, enserrer la qualification dans une vision étatiste du crime réduit les potentialités de la protection conférée par l'incrimination. Certaines remarques du Professeur Pellet relatives à l'avenir de la justice pénale trouvent, ici, une résonnance particulière. Ce dernier a en effet mis en garde : « *[à] s'enfermer dans des schémas trop rigides on risque de se heurter à d'énormes obstacles juridiques lorsqu'il s'agira de juger des crimes qui, pour n'avoir pas été expressément envisagés, n'en seront pas moins abominables. Il serait sage, en tous cas, de ménager au futur mécanisme pénal international une souplesse suffisante, propre à lui éviter ses embarras* »[742]. Tel est en effet l'écueil que fait naître la définition juridique du crime d'agression. Son domaine doit embrasser toute entreprise de domination étatique réaliste, peu important le statut politique du groupe agresseur. Le seul élément à prendre en considération consiste en la réalité de la menace à laquelle est exposée l'entité protégée : cette circonstance avérée, les incriminations internationales doivent pouvoir s'appliquer. Si tel est déjà le cas s'agissant du crime de guerre et du crime contre l'humanité, il serait nécessaire qu'il aille de même en ce qui concerne le crime d'agression.

Mais cette dernière infraction n'est pas la seule à se distinguer. Le génocide se présente, à plus forte raison, comme un crime à part au sein de la catégorie des infractions internationales par nature, en ce que sa qualification ne requiert pas que la réalisation de l'entreprise soit l'œuvre d'un collectif organisé.

---

[741] *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 233: « *Ce droit n'est pas immuable, il s'adapte sans cesse aux besoins d'un monde changeant* ».

[742] A. PELLET, « Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie : poudre aux yeux ou avancée décisive », *RGDIP*, 1994, p. 11, n°4.

Section 2. L'absence de dimension collective de l'entreprise génocidaire

281. L'appréhension commune du génocide : une criminalité de système. – D'un point de vue général, la manière dont l'esprit peut se figurer le crime de génocide n'est pas différente de celle des autres crimes internationaux. Il est en effet communément conçu comme un crime de masse, dont l'ampleur procède tant du nombre incommensurable de victimes qu'il engendre que de l'envergure de l'entreprise criminelle qui le caractérise. Plus particulièrement, le caractère collectif du crime est un prédicat que l'on associe volontiers au concept de génocide. Cela s'explique d'abord d'un point de vue historique tant il est vrai que tous les génocides reconnus de l'histoire ont présenté les traits d'une criminalité de système. D'un point de vue sociologique ensuite, cette donnée est également présentée comme un trait saillant du concept de génocide. Jacques Semelin le définit, par exemple, comme « *un processus organisé de destruction des civils visant à la fois les personnes et leurs biens* » prenant concrètement la forme d'une « *action collective, impulsée le plus souvent par l'État (et ses agents), qui a la volonté d'organiser cette violence* »[743]. Enfin, la dimension collective de l'entreprise constitue une clef de compréhension criminologique du génocide, en étant à l'origine de « la dynamique mimétique » présidant au passage à l'acte généralisé : « *c'est la violence qui sert de modèle à la violence et c'est l'imitation, par chacun de la violence de chaque autre* »[744] qui conduit, en effet, au meurtre massif de certains groupes. Bref, c'est dire que le génocide n'est jamais conçu, en dehors du droit, comme le fruit de la mise en œuvre d'un projet individuel ourdi par un agent isolé ; bien au contraire, il est toujours pensé comme « *le produit d'un système criminel* »[745].

282. L'absence de traduction du caractère systémique du génocide dans la définition de l'infraction. – Au regard de ce qui précède, la définition juridique du génocide se montre peu en accord avec la manière dont le concept est généralement appréhendé. En effet, celle-ci ne requiert pas que le projet de destruction du groupe protégé soit poursuivi par une organisation collective. Ce constat que l'on peut opérer à l'analyse du texte d'incrimination

---

[743] J. SEMELIN, *Purifier et détruire, Usages politiques des massacres et des génocides*, *op. cit*., p. 510. V. également I. VOINA MOTOC, « La prévention et la répression du génocide et la conception de la justice – Le droit international entre *lege ferenda* et utopie », in *Génocide(s)*, Bruxelles, dir. K. Boustany et D. Dormoy, Bruylant, coll. de droit international, 1999, p. 372 où il est relevé que « *plusieurs définitions sociologiques du génocide prennent en compte le fait que génocide doit etre commis soit par un Etat soit par une autorité organisée* ».

[744] P. DUMOUCHEL, « Mimétisme et massacres », *Les cahiers de la justice, Revue trimestrielle de l'école de la magistrature*, Dalloz, vol. 1, 2011, p. 34. Pour d'autres études criminologiques relatives au passage à l'acte génocidaire, v. aussi : S. LEMAN-LANGLOIS, « Le mégacrime, légitimité, légalité et obéissance » in *Criminologie*, vol. 39, n°2, 2006, pp. 27-28 ; H. DUMONT, « Le crime de génocide : construction d'un paradigme pluridisciplinaire » in *Criminologie*, vol. 39, n°2, 2006, p. 11 ; K. WURTZ, « La responsabilité du génocidaire : entre responsabilité individuelle et responsabilité collective », in *Criminologie*, vol. 39, n°2, 2006, p. 61.

[745] H. ASCENSIO, « Une entrée mesurée dans la modernité du droit international pénal – À propos de la loi du 9 août 2010 », *JCP G*, 2010, étude 910, n° 2. Il apparaît ainsi que cette réalité sociologique du génocide n'est pas ignorée de la doctrine juridique.

(§1) n'a pas été remis en cause par la consécration de nouveaux éléments de crimes lors de la rédaction du statut de Rome (§2).

§1. Analyse du texte d'incrimination du génocide

283. Interprétation admise de l'élément qualifiant du génocide. – Le texte d'incrimination du génocide subordonne la qualification de l'infraction à une seule et unique condition : le crime sous-jacent doit avoir été commis « *dans l'intention de détruire, en tout ou partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux* ». L'absence de toute référence à la participation d'une organisation collective dans la mise en œuvre de ce projet criminel est à la source d'une individualisation (A) critiquable (B) de l'entreprise génocidaire.

A. L'individualisation de l'entreprise génocidaire

284. La définition du génocide proposée par Raphaël Lemkin. – Dans l'esprit de Raphaël Lemkin, le génocide était nécessairement le produit d'un système criminel[746], ce qui n'est guère étonnant vu la teneur des évènements historiques à partir desquels il a forgé ce concept. Selon lui, il était par conséquent essentiel que la définition juridique du génocide présente deux composantes : « *la première comporterait toute action portant atteinte à la vie, à la liberté, à la santé, à l'intégrité corporelle, l'existence économique, l'honneur des habitants, commise en raison de l'appartenance des victimes à un groupe national, religieux ou racial ; la seconde, viserait toute politique qui aurait pour fin la destruction ou le développement de l'un de ces groupes au préjudice et au détriment d'un autre* »[747]. Ce dernier élément suggéré par Lemkin montre qu'il entendait le projet de destruction caractéristique du génocide comme un objectif global, un dessein criminel d'ensemble[748], ce qui induit nécessairement le caractère collectif du processus destructeur qu'il avait conceptualisé.

285. La définition consacrée par les Nations Unies. – Or, bien que ses travaux alimentèrent les réflexions ayant présidé à l'élaboration de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide adoptée par les Nations Unies, la proposition de Lemkin fut ignorée. Plus particulièrement, son précepte tenant à l'intégration d'un élément politique aux conditions de l'infraction ne fut pas suivi. Les rapports des discussions ayant eu lieu devant le Comité *ad hoc* mettent pourtant en évidence la consubstantialité existante, dans l'esprit de

[746] La définition générale du concept qu'il livre, dès le début de son ouvrage, en témoigne. Il s'entend en effet, selon lui, de « *la mise en œuvre de différentes actions coordonnées qui visent à la destruction des fondements essentiels de la vie de groupes nationaux, en vue de leur anéantissement* » : R. LEMKIN, *Qu'est-ce qu'un génocide ?*, *op. cit*. p. 215. Plus encore, LEMKIN paraît bien concevoir le crime de génocide comme étant le produit d'un système criminel étatique, celui-ci déclarant que « *par sa nature même, l'auteur en est l'État ou des groupes puissants ayant l'appui de cet État* » (*ibid*., p. 244).
[747] *Ibid*., pp. 236-237.
[748] En ce sens également : M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°230.

nombreuses délégations, entre le concept de génocide et l'existence d'une politique criminelle étatique[749]. Notamment, certains participants demandèrent que cette relation fût expressément soulignée dans le Préambule de la Convention[750]. D'autres présentèrent encore des amendements tendant à exiger que l'action génocidaire ait été commise, favorisée ou tolérée par les gouvernants d'un État[751]. Pour autant, aucune proposition en ce sens ne fut jamais retenue de peur que le champ de la responsabilité pénale internationale associé à cette infraction ne s'en trouvât démesurément restreint[752]. Ainsi les États s'accordèrent-ils finalement à entériner la définition minimale que l'on connaît, à savoir celle établissant que le génocide consiste en un acte commis « *dans l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel* »[753]. C'est dire que l'absence de transcription du caractère collectif et systémique du génocide dans la définition légale de l'infraction, tel que préconisé par R. LEMKIN, est moins le fruit d'une réflexion sur ses éléments juridiques nécessaires que la résultante de considérations d'opportunité répressive.

286. L'ambiguïté de la définition admise. – En tout état de cause, et bien que la définition du génocide ne rattache pas explicitement l'entreprise génocidaire à un système criminel global, cela n'exclut pas la possibilité de concevoir le projet de destruction comme l'œuvre d'une organisation d'ensemble. En effet, le terme intention, défini comme « *le fait de se proposer un certain but* »[754], ne préjuge pas de l'unité de référence à travers laquelle ce but doit être pensé : il pourrait, en soi, tout aussi bien être conçu comme un but individuel que collectif[755].

287. L'interprétation jurisprudentielle de la définition admise. – La jurisprudence a néanmoins estimé que l'absence de référence expresse à l'existence d'un système génocidaire global, dans l'incrimination, impliquait que les rédacteurs de la Convention avaient entendu exclure cet élément des conditions constitutives de l'infraction[756]. Aussi, et bien qu'elle ait

---

[749] Nations Unies, Doc. off. 3ème sess. A.G, 6ème Commission, U.N. Doc. A/c.G/Sr. 61-140, Compte-rendu de la 63ème séance, 1948. V. not. les interventions de M. AMADO (Brésil), p. 6 ; M. CHAUMONT (France), p. 8 ; M. BARTOS (Yougoslavie), p. 9. V. aussi, au même endroit mais relativement à la 64ème séance, l'intervention de M. SHAWCROSS (Royaume-Uni), p. 18 et de M. KAECKENBEECK, p. 22.

[750] *Ibid*., p. 13 où est retranscrite l'intervention en ce sens de M. MOROZOV (URSS) et p. 26, celle de M. KOVALENKO (République soviétique socialiste d'Ukraine). Il n'est toutefois pas certain qu'une valeur axiomatique puisse être attachée à ces considérations dont l'objet était davantage d'asseoir la nécessité de l'internationalisation de la répression du génocide que d'en définir la substance.

[751] U.N. Doc. A/c.6/224.

[752] Nations Unies, Doc. off. 3ème sess. A.G, 6ème Commission, U.N. Doc. A/c.G/Sr. 61-140, Compte-rendu de la 79ème séance, 1948, p. 153-170.

[753] Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, art. 2.

[754] J. REY-DEBOVE ET A. REY (Dir.), *Le Nouveau Petit Robert*, Dictionnaires le Robert, 1996.

[755] En ce sens : A. K.A. GREENAWALT, « Rethinking Genocidal Intent : The Case for a Knowledge-Based Interpretation », in *Columbia Law Review*, 1999, p. 2265 où l'auteur conteste la lecture subjectivisée de l'intention génocidaire effectuée par la jurisprudence des juridictions pénales internationales, considérant que « *there is nothing in the text of the Genocide Convention that requires such a reading* ». v. également : K. AMBOS , « What does "intent to destroy" in genocide mean?" », *RICR*, vol. 91, n°876, déc. 2009, p. 842-844.

[756] TPIY, jugement *Jelisić*, préc., n°101.

pourtant concédé « *qu'il semble qu'il soit virtuellement impossible de perpétrer le crime de génocide en l'absence d'un tel plan ou d'une telle organisation* »[757], la jurisprudence déconnecta la qualification juridique de l'infraction de toute exigence tenant à l'implication d'une organisation criminelle dans la réalisation du projet de destruction. L'intention de détruire le groupe, au lieu d'être conçue comme un but d'ensemble, fut ainsi ramenée à un but *individuel*[758]. L'idée fut affirmée sans ambages : « *Le génocide se distingue d'autres crimes en ce qu'il comporte un dol spécial, ou* dolus specialis. *Le dol spécial d'un crime est l'intention précise, requise comme élément constitutif du crime, qui exige que le criminel ait clairement cherché à provoquer le résultat incriminé* »[759]. La jurisprudence n'a jamais revu son interprétation et retient, avec constance, que la qualification du génocide requiert d'établit que l'auteur du fait sous-jacent était personnellement animé de l'intention de détruire l'un des groupes protégés.

288. L'individualisation de l'entreprise génocidaire. – Cette subjectivisation de la condition de projet a ouvert la voie à la reconnaissance d'une forme bien particulière de génocide : celle où un individu cherche à lui seul à annihiler l'existence d'une collectivité. L'hypothèse n'est pas demeurée longtemps théorique. La question de savoir si le génocide individuel peut être juridiquement admis fut en effet l'une de celles soulevées par l'affaire *Jelisić*. Ayant constaté que les crimes commis par l'accusé ne pouvaient être rattachés à un projet de destruction plus large[760], la chambre de première instance devait se prononcer sur la possibilité de retenir la qualification de génocide à l'endroit du comportement isolé de l'accusé. Pour elle, la lettre du texte n'y faisait pas obstacle. En effet, elle considéra que « *les meurtres commis par l'accusé suffisent à établir l'élément matériel du crime de génocide et il est* a priori *possible de concevoir que l'accusé nourrissait le projet d'exterminer un groupe dans son ensemble, sans que cette intention soit soutenue par un minimum d'organisation à laquelle participent d'autres individus* »[761]. S'il est vrai que la chambre a finalement refusé d'admettre que les faits puissent recevoir une telle qualification, c'est en réalité parce que les faits portés à sa connaissance n'avaient pas permis d'établir l'existence d'une volonté affirmée de détruire le groupe protégé chez l'accusé[762]. En d'autres termes, c'est moins un problème de fond qu'un problème de preuve qui a conduit en l'espèce la chambre de première instance à réfuter le génocide individuel. Ainsi, on peut estimer que la solution aurait pu être différente – et le

[757] TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°94. Par-là, la Chambre entend souligner qu'il est pratiquement impossible qu'une personne agissant seule puisse mener à bien un génocide, compte tenu de l'ampleur du projet criminel considéré.
[758] Voir not. : TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°498, TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc, n°91 ; TPIR, jugement *Rutaganda*, préc., n°59 ; TPIR, jugement *Kambanda*, préc., n°16 ; TPIY, jugement *Krstić*, préc., n°549 ou encore TPIY, jugement *Jelisić*, préc., n°78.
Pour une critique de cette approche de l'intention destructrice, v. *supra*, n°698 et s.
[759] TPIR, jugement *Musema*, préc., n°164.
[760] TPIY, jugement *Jelisić,* préc., n°98.
[761] TPIY, jugement *Jelisić,* préc., n°100.
[762] TPIY, jugement *Jelisić,* préc., n°107.

génocide individuel, admis – si l'intention destructrice de l'accusé avait pu être valablement prouvée. L'arrêt rendu en appel confirme d'ailleurs cette analyse. La chambre d'appel a invalidé la conclusion à laquelle étaient parvenus les juges du fond[763] car, selon elle, les éléments de faits présentés ne démentaient aucunement le caractère manifeste de son intention de détruire le groupe musulman considéré[764]. Plus encore, elle a déclaré que « *si un nouveau procès avait lieu, l'Intimé devrait répondre du chef de génocide par meurtre* »[765] ce qui ne laisse donc subsister aucun doute quant à la possibilité théorique d'admettre cette forme décontextualisée de génocide. L'occasion de le consacrer expressément a toutefois été manquée, la Cour ayant refusé de réformer la décision d'acquittement rendue en première instance et d'ordonner un nouveau procès[766]. Cela étant, l'étude de l'affaire *Jelisić* montre que la jurisprudence était visiblement disposée à en admettre le principe.

289. Absence d'incidence de la définition des crimes sous-jacents sur le caractère individuel de l'entreprise. – D'aucuns considèrent toutefois que certains des crimes sous-jacents incriminés sont tels que l'exécution du projet génocidaire doit nécessairement s'entendre d'une entreprise collective[767]. La soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle[768], par exemple, s'entend de toute pratique consistant à priver délibérément ses membres de moyens indispensables à sa survie, tels que de la nourriture ou des services médicaux. Les éléments des crimes précisent, à ce titre, qu'elle peut également être conduite à travers une expulsion systématique des membres du groupe de leurs logements[769]. Puisque le texte impose que les actes commis compromettent effectivement la survie du groupe, ces auteurs considèrent que l'institutionnalisation de la privation des ressources est nécessaire, le succès d'une telle action paraissant difficilement accessible à un individu opérant seul. Ils en déduisent, partant, que le crime sous-jacent implique la réalisation d'une véritable campagne d'oppression requérant non seulement qu'une pluralité d'agents coordonne leurs efforts en ce sens, mais également qu'elle soit encouragée ou à tout le moins tolérée par l'autorité en place[770]. Des conclusions en ce sens sont également formulées eu égard aux crimes constitués par l'imposition de mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ainsi que le transfert forcé d'enfants du groupe à un

---

[763] TPIY, *Affaire le Procureur c. Jelisić,* arrêt d'appel (IT-95-10-A), ch. d'appel, 5 juillet 2001, n°72 (ci-après : « arrêt *Jelisić* »).
[764] Selon elle, ni la personnalité dérangée de l'accusé– qui ne faisait état d'aucune altération du discernement–, ni le caractère aveugle de certains des meurtres qu'il avait commis, n'invalidaient le caractère manifeste de son intention de détruire le groupe musulman considéré : v. TPIY, arrêt *Jelisić,* préc., n°70-71.
[765] TPIY, arrêt *Jelisić,* préc., n°74.
[766] TPIY, arrêt *Jelisić,* préc., n°77.
[767] A. CASSESE et P. GAETA, *Cassese's international criminal law*, *op. cit*., p. 125 ; I. BANTEKAS, *International criminal law*, Hart Publishing, 4ème éd., 2010, p. 209.
[768] Art. 6 al. c) du Statut de Rome.
[769] *Eléments des crimes*, art. 6 al. c), n°4, n.b.p. n°4.
[770] A. CASSESE, P. GAETA, *Cassese's international criminal law*, *op. cit*., p. 125 ; I. BANTEKAS, *International criminal law*, *op. cit*., p. 209.

autre groupe[771]. On peut toutefois y opposer que le texte ne requiert en aucun cas que l'entreprise de destruction, matérialisée dans l'un ou l'autre de ces crimes, soit conduite collectivement. Au contraire, les éléments de crimes en précisent les conditions constitutives en se référant aux actes d'un auteur individuel[772]. De ce point de vue, l'insertion du crime au sein d'une entreprise collective n'apparaît donc pas nécessaire, la commission d'un comportement isolé étant posée en condition suffisante de la qualification du génocide, pour peu qu'il revête la matérialité décrite par l'incrimination sous-jacente. En somme, si ces crimes sous-jacents peuvent conduire à penser que l'action de destruction est nécessairement collective, ces constatations restent de l'ordre du fait, et non du droit, puisque leur constitution n'est pas soumise à une telle exigence.

290. Transition. – L'incrimination du génocide déroge donc à la condition d'organisation. À la différence des autres crimes internationaux, l'infraction ne comprend aucune dimension collective. Au contraire, la définition classique de l'infraction, telle qu'interprétée par la jurisprudence, invite à caractériser le projet de destruction au plan individuel, en recherchant si l'auteur du fait sous-jacent était personnellement animé du but de détruire le groupe protégé. Or, cette subjectivisation du projet criminel, et l'individualisation de l'entreprise criminelle qui en découle, soulèvent d'importantes critiques.

B. Critiques de l'individualisation de l'entreprise génocidaire

291. Absence de traduction de la réalité socio-historique du crime de génocide. – L'absence de condition d'organisation au sein des éléments constitutifs du génocide induit qu'un individu agissant seul puisse commettre l'infraction. Deux séries de critiques sont formulées à ce propos. Premièrement, certains auteurs ont pu regretter que la définition de l'infraction, ainsi appréhendée, ne reflète aucunement la réalité sociologique et criminologique du génocide[773]. La dimension collective de l'infraction, et plus précisément le fait que la réalisation du projet de destruction soit le fruit d'un véritable système criminel, ne devrait pas, selon eux, être relayée au rang d'élément historique : cette donnée, qui fonde la spécificité de l'infraction et exprime sa raison d'être doit au contraire figurer au sein de ses conditions constitutives afin que toute forme de banalisation de la qualification puisse être empêchée[774].

---

[771] *Ibid*. Ces infractions sous-jacentes sont respectivement incriminées aux alinéas d) et e) de l'article 6 du Statut de Rome.
[772] *Éléments des crimes*, Art. 6, n°1.
[773] G. P. FLETCHER et J. D. OHLIN, « Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case », *JICJ*, vol. 3, 2005, p. 545.
[774] V. not : C. KRESS, « The crime of genocide under international law », *ICLR*, vol. 6, 2006, p. 471 : Pour l'auteur réduire la dimension collective et organisée de l'entreprise génocidaire à un élément historique, en lui déniant toute valeur juridique « *ignores the specificity of the crime of genocide as a systemic crime, trivializes the crime's horrendous destructive potential and thus fails to capture the* raison d'être *of genocide's status as a crime under international law as it is clearly reflected in the Genocide Convention's* travaux préparatoires ».

292. Absence de prise en compte du potentiel destructeur du comportement génocidaire. – Mais ces premières remarques passeraient presque inaperçues à côté des vives contestations que la doctrine adresse, d'une voix quasi unanime, au texte d'incrimination, en ce qu'il ménage la possibilité d'un génocide commis par une seule et unique personne. De nombreux auteurs arguent, en effet, qu'aucun individu isolé, c'est-à-dire un individu agissant sans le renfort d'une quelconque organisation criminelle, ne pourra jamais présenter la capacité de mener à bien la destruction d'un groupe humain entier, ou même en partie[775]. Cette proposition, ouverte par la lettre du texte et son interprétation, constituerait ainsi une vue de l'esprit, « *une hypothèse d'école marginale et une distraction pour les institutions judiciaires internationales* »[776]. La contestation peut pour autant paraître radicale. En soi, quand bien même l'histoire ne fournirait pas d'exemples en ce sens, il reste théoriquement possible d'admettre qu'un agent opérant seul puisse être en mesure de détruire une collectivité humaine : il suffirait, pour cela, qu'il ait par exemple à disposition une arme dont la capacité destructrice serait redoutablement efficace, telle une bombe nucléaire[777]. Il apparaît ainsi que ce n'est pas tant le postulat de la capacité génocidaire individuelle qui doit faire débat – il s'agit en réalité d'une simple question de fait – ; c'est l'absence d'élément constitutif cristallisant la condition essentielle de capacité destructrice qui doit être décriée. On comprend alors les critiques formulées par la doctrine, puisque cette capacité destructrice est classiquement assise dans la condition d'organisation[778]. La situation aurait pu être différente, si cette capacité criminelle avait été érigée en condition autonome de l'infraction (c'est-à-dire, sans être rattachée à la condition d'organisation). Le cas échéant, l'incrimination aurait été exempte de toute critique puisque les exigences du principe de nécessité auraient alors été satisfaites. Toujours est-il qu'aucune condition n'est venue suppléer la condition d'organisation abandonnée. La définition du génocide élude ainsi purement et simplement toute référence au potentiel destructeur du crime commis. C'est en cela qu'elle est éminemment critiquable.

293. Banalisation de la qualification. – La définition de l'infraction, qui met exclusivement l'accent sur l'intention de l'auteur de l'infraction, laisse envisager l'application de la qualification à l'infraction qui serait commise par un individu dépourvu des moyens de

---

[775] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°246 ; C. KRESS, « The crime of genocide and contextual elements – A comment on the ICC pre-trial chamber's decision in the Al Bashir case », *JICJ*, vol. 7, 2009, p. 300 ; S. KIRSCH, « the two notions of genocide : distinguish macro phenomena and individual misconduct », *Creighton Law Review*, vol. 42, 2009, p. 354 ; H. Vest, « A structure-based concept of genocidal intent », *JICJ*, vol. 5, 2007, p. 784 ; W. SCHABAS, « State policy as an element of international crime », préc., p. 966. K. AMBOS, « Criminologically explained reality of genocide, structure of the offence and the "intent to destroy requirement" », *in Collective violence and international criminal justice, an interdisciplinary approach*, dir. A. Smeulers, Intersentia, Cambridge, 2010, pp. 153-154.

[776] W. SCHABAS, « Darfur and the "Odious Scourge" : The Commission of Inquiry's Findings on Genocide », *Leiden journal of international law*, vol. 18, 2005, p. 877 : « *The theory that an individual, acting alone, may commit genocide is little more than a sophomoric* hypothèse d'école*, and a distraction for international judicial institutions* ».

[777] En ce sens : A. CASSESE et P. GAETA, *Cassese's international criminal law*, *op. cit*., p. 124.

[778] V. *supra*, n°204.

mener à bien son entreprise destructrice, pourvu qu'il ait été désireux de voir disparaître l'un des groupes protégés. Or, cette délimitation du génocide n'est pas satisfaisante. Trop large, elle tend à diluer la qualification dans la catégorie plus générale des infractions discriminatoires relevant du droit commun[779]. Il faut en effet garder à l'esprit que le processus de stigmatisation pouvant être mis à l'œuvre dans la commission d'infractions pénales n'est pas typique du génocide. Certaines qualifications internes ont vocation à l'exprimer. En droit français notamment, il constitue une cause générale d'aggravation des infractions, la pénalité encourue étant rehaussée dès lors qu'une infraction est commise à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance de la victime, vraie ou supposée, à une prétendue race, une ethnie, une nation ou une religion déterminée[780]. Que reste-t-il de la distinction entre ces deux types infractionnels ? Dans les deux cas, la victime de l'infraction est sélectionnée du fait de ses caractéristiques identitaires ; seulement, dans celui du génocide, cette sélection de la victime est de surcroît alimentée par la volonté d'annihiler le groupe auquel elle appartient. On le voit, à défaut de prise en compte du potentiel objectivement destructeur de l'action perpétrée, le seul critère de distinction entre ces deux types infractionnels consiste dans la densité de l'état d'esprit criminel. Tel n'est pourtant pas le critère de la gravité suprême attachée au génocide. En effet, au-delà du caractère discriminatoire des comportements perpétrés, la qualification de génocide sanctionne la mise en péril d'une collectivité entière. En cela, la seule intention de détruire un groupe, aussi blâmable soit-elle, ne saurait suffire à apposer le label de génocide au crime commis : il faut, pour cela, qu'une menace véritable pour l'existence du groupe protégé soit avérée. À défaut, le comportement considéré ne devrait jamais pouvoir être entaché de l'illicéité propre aux infractions internationales par nature. Il doit demeurer justiciable du droit commun. À peine de banaliser la qualification de génocide, il est donc impératif de limiter son domaine aux seules entreprises de destruction réalistes[781], en incluant au sein des éléments constitutifs de l'infraction une condition marquant le potentiel destructeur du crime commis.

294. Transition. – L'absence de condition d'organisation au sein des éléments constitutifs du génocide laisse craindre une application galvaudée de la qualification, en ce que cette condition s'analyse, classiquement, comme le critère nécessaire de la capacité à mettre en péril le groupe protégé. La définition de l'infraction est par là même hautement critiquable. Il reste alors à voir si ce constat est toujours valable maintenant que de nouvelles conditions de qualification ont été consacrées.

---

[779] En ce sens : M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit.*, n°252 ; G. P. FLETCHER et J. D. OHLIN, « Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case », préc., p. 546.
[780] C. pén., art. 132-77.
[781] C. KRESS, « The crime of genocide and contextual elements – A comment on the ICC pre-trial chamber's decision in the Al Bashir case », *JICJ*, vol. 7, 2009, p. 304 : « *This intent* [l'intention de détruire le groupe] *must be realistic and must thus be understood to require more than the vain hope of a single perpetrator of hate crimes to destroy (a part of) the hated group* ».

§2. Analyse des *Éléments des crimes* adoptés lors de la conférence de Rome

295. Consécration de conditions alternatives. – Lors de la rédaction du Statut de Rome, la définition du génocide fut soumise à discussion. Les délégations se sont accordées à l'enrichir de nouvelles conditions de qualification, proposées sous la forme d'une alternative, formulée comme suit : « *le comportement s'est inscrit dans le cadre d'une série manifeste de comportements analogues dirigés contre ce groupe, ou pouvait en lui-même produire une telle destruction* »[782]. Il convient donc d'analyser successivement ces deux conditions afin de rechercher si elles ont permis d'améliorer l'incrimination du génocide et de la mettre en conformité avec le principe de nécessité. Suivant la lettre du texte, on commencera par la condition tenant à l'existence d'une série de crimes analogues dirigés contre le groupe protégé (A) avant d'apprécier celle consistant dans l'existence d'un comportement pouvant en lui-même produire la destruction du groupe (B).

A. <u>L'existence d'une série manifeste de comportements analogues dirigés contre le groupe</u>

296. Introduction d'un élément contextuel objectif. – La première branche de l'alternative posée tend à doter le crime de génocide d'un élément contextuel résolument objectif. La réalisation d'un des actes incriminés – accompagnée du dol spécial requis – ne suffit plus à retenir la qualification de génocide : il est désormais nécessaire d'établir qu'il s'est « *inscrit dans le cadre d'une série manifeste de comportements analogues dirigés contre le groupe* »[783].

297. Introduction d'un élément de massivité. – Quel sens donner à cette condition novatrice ? Sur le plan sémantique, le terme série renvoie à « *une suite déterminée et limitée de choses de même nature formant un ensemble, ou considérées comme telles* »[784]. Puisqu'il doit s'agir, précisément, d'une série *de comportements*, la formule retenue suggère que le crime sous-jacent doit être associé à la réalisation d'une pluralité de comportements. Deux autres précisions sont par ailleurs effectuées par le texte. D'une part, il faut que cet ensemble d'actes infractionnels soit *dirigé contre le groupe*. Il apparaît donc nécessaire que les comportements multiples affichent une même destination : ils doivent cibler les membres d'une collectivité déterminée. D'autre part, il est requis que ces comportements présentent un caractère *analogue*. *A priori*, le seul fait que les actes aient visé des individus appartenant à une même entité ne saurait suffire à établir leur similitude, ce critère s'ajoutant au précédent. Il faut donc en déduire que la similarité requise s'applique à la nature matérielle des actions considérées. Il reste, pour

[782] *Éléments des crimes*, art. 6, n°4.
[783] *Éléments des crimes*, art. 6, n°4.
[784] J. REY-DEBOVE ET A. REY (Dir.), *Le Nouveau Petit Robert*, *op. cit*.

finir, que ladite série de crimes doit être *manifeste*, ce qui semble bien signifier que son existence doit s'imposer avec la force de l'évidence[785] ; en d'autres termes, elle ne doit pas prêter à discussion, étant entendu qu'il s'agit d'une « *qualification objective* »[786]. On s'accorde alors avec un auteur, qui pense que cette précision est vouée à « *dispenser l'accusation de la preuve que cette série de comportements était manifeste aux yeux de l'auteur du comportement, l'évaluation personnelle de ce dernier à ce propos étant alors sans pertinence* »[787]. En résumé, cet élément contextuel novateur prescrit donc l'intégration du crime sous-jacent à une campagne criminelle d'envergure, composée de la commission multiple d'actes d'une semblable nature, à l'encontre des membres d'une collectivité donnée. En ce qu'ils mettent en lumière l'existence d'un état de criminalité systématique[788], ces différents éléments peuvent ainsi être compris comme la marque d'une exigence de massivité de l'action dirigée contre le groupe protégé[789].

298. Le caractère collectif de l'entreprise et l'élément de massivité. – Cette condition de massivité conduit la doctrine à postuler le caractère collectif de l'entreprise génocidaire[790]. Pour de nombreux auteurs, il va en effet de soi qu'une attaque ne peut présenter le caractère systématique requis qu'à la condition qu'un nombre important d'individus y participe. Cela étant, les éléments des crimes applicables au génocide ne font aucune mention expresse d'une telle exigence. Ils suggèrent simplement l'existence d'une campagne génocidaire, caractérisée par la commission d'atteintes répétées et similaires à l'endroit des membres du groupe ciblé. Or, cela ne paraît pas impliquer *nécessairement* que ladite campagne ait été conduite collectivement. Il est tout à fait possible d'imaginer l'hypothèse d'un individu isolé qui, agissant dans le but de détruire une collectivité, commettrait une série d'infractions répétées contre ses membres. La formule employée, entendue strictement, autoriserait alors à retenir la qualification de génocide. *A priori*, c'est donc moins le caractère collectif que la dimension massive de l'entreprise génocidaire qui fait l'objet de ce critère novateur.

---

[785] Dictionnaire en ligne du Centre national de ressources textuelles et lexicales – « *manifeste* » : qui est tout à fait évident, qui ne peut être contesté dans sa nature ou son existence.
[786] *Éléments des crimes*, art. 6, introduction, al. b)
[787] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit.*, n°259, où l'auteur cite l'article suivant au renfort de cette analyse : M. POLITI, « Elements of crimes », in A. CASSESE, P. GAETA, JOHN R. W. D. JONES (Dir.), *The Rome statute of the International criminal court : A commentary*, Oxford University Press, 2002, p. 463.
[788] Pour des interprétations en ce sens, v. not. l'opinion individuelle et partiellement dissidente de la juge Anita Ušacka, n°19 annexée à la décision suivante : CPI, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'*Omar Al Bashir* , préc. V. aussi M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°259.
[789] L'élément de massivité, en tant que condition de la qualification des infractions internationales, sera traité dans le chapitre suivant. Pour ce qui concerne l'infraction de génocide, v. *infra*, n°348 et s.
[790] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°257-263 ; A. CASSESE, P. GAETA, *Cassese's international criminal law*, *op. cit*., p. 124 ; I. BANTEKAS, *International criminal law*, *op. cit*., p. 210 ; M. CUPIDO, « The contextual embedding of genocide : a casuistic analysis of the interplay between law and facts », *Melbourne Journal of international law*, vol. 15, 2014, p. 380.

299. Absence d'élément d'organisation. – Plus encore, même en admettant que cet élément de massivité implique la participation d'une pluralité de personnes à l'attaque lancée contre le groupe protégé, le texte ne pose aucune condition d'organisation. Qu'elle soit prise dans son sens commun ou juridique, l'organisation suppose en effet la réunion de deux critères essentiels : un aspect finaliste d'abord, en ce qu'elle présuppose la projection d'un but à atteindre ; un aspect structurel ensuite, en ce qu'elle appelle la rationalisation des moyens humains et matériels à disposition en vue de la concrétisation de cet objectif déterminé[791]. C'est dire que la synergie des comportements composant l'action collective en est un critère déterminant. Or, la définition de cet élément contextuel ne prévoit aucune exigence en ce sens. Certes, elle requiert qu'une pluralité de comportements analogues ait été perpétrée. Mais cette identité de nature ne marque aucun lien d'action, de sorte que la seule juxtaposition des comportements considérés devrait suffire à constituer la condition contextuelle.

300. Absence de prise en compte de la capacité destructrice. – Toujours est-il que pour les juges de la CPI, l'érection de cette condition contextuelle implique que « *le crime de génocide n'est pleinement constitué que lorsque le comportement en cause fait peser une menace réelle sur l'existence du groupe visé ou une partie de celui-ci* »[792]. Si l'on en croit cette assertion, l'institution de ce critère viendrait asseoir un élément de capacité criminelle novateur : seuls les comportements à même d'engendrer la destruction redoutée, et donc d'exposer le groupe ciblé à une mise en péril avérée, pourraient recevoir la qualification de génocide. La doctrine s'est majoritairement ralliée à cette proposition. Selon elle, l'existence d'une telle série de crimes a en effet vocation à établir la possibilité que le but de destruction du groupe se concrétise[793]. Cette idée reste pourtant sujette à caution malgré l'autorité qui lui est reconnue. À examiner les autres infractions internationales par nature, il apparaît en effet que la capacité à mener à bien le projet, et donc à mettre effectivement le groupe protégé en péril, est rattachée à la condition d'organisation, condition qu'il convient de caractériser en sus de celle consistant en la massivité de l'attaque. C'est donc que ce dernier élément n'a jamais été conçu comme une garantie suffisante du potentiel causal que doit présenter toute infraction pour que son incrimination soit nécessaire. Cela se comprend : le caractère concomitant des crimes commis ne permet pas en effet de préjuger d'un quelconque pouvoir destructeur. Imaginons le cas d'un groupement d'individus qui, nourrissant une haine de plus en plus prononcée à l'encontre d'une collectivité, par exemple religieuse, déciderait d'œuvrer à sa destruction physique. Le collectif criminel pourrait bien accomplir une série d'homicides à

[791] V. *supra*, n°22.
[792] CPI, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'*Omar Al Bashir*, préc., n°124.
[793] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°260 ; C. KRESS, « The crime of genocide and contextual elements – A comment on the ICC pre-trial chamber's decision in the Al Bashir case », *JICJ*, vol. 7, 2009, p. 304-305 ; A. CASSESE, P. GAETA, *Cassese's international criminal law*, *op.cit*., p. 124 ; P. GAETA, « Genocide » *Routledge Handbook of International Criminal Law*, dir. W. Schabas et N. Bernaz, London, New-York : Routledge, 2010, p. 114.

l'encontre des membres du groupe ciblé ; cela ne permet en aucun cas de présumer qu'il était pourvu des ressources suffisantes pour atteindre l'objectif qu'il s'était fixé. Plus encore, cette présomption est d'autant moins valable qu'il n'est pas nécessaire que *l'ensemble* des comportements constituant la série criminelle ait présenté un caractère génocidaire. En effet, le texte exige seulement que l'acte soit associé à des comportements *analogues*, de sorte qu'on peut considérer que des actes qui ne seraient pas constitutifs de génocide, telles des persécutions, puissent caractériser le contexte requis, pour peu qu'ils soient effectivement *dirigés contre un même groupe*[794]. Dans cette perspective, il n'apparaît donc pas nécessaire que les différentes conduites composant la série contextuelle tendent précisément à détruire la collectivité prise pour cible ; celles-ci pourraient tout aussi bien participer d'une campagne d'oppression moins radicale. Dès lors, il paraît bien difficile d'analyser la condition de série criminelle comme le gage d'un quelconque potentiel destructeur.

301. Remise en cause de l'exigence tenant au caractère réel de la menace pour le groupe protégé. – Cette conclusion entame la valeur de l'analyse jurisprudentielle selon laquelle « *la protection offerte par la norme pénale définissant le crime de génocide — qui est le mécanisme de dernier recours visant à protéger les plus hautes valeurs de la communauté internationale — n'est déclenchée que lorsque la menace pesant sur l'existence du groupe visé ou une partie de celui-ci est concrète et réelle, et non plus seulement latente ou hypothétique* »[795]. Non pas que ce cette affirmation soit contestable en tant que telle ; au contraire, elle contente les exigences du principe de nécessité des incriminations[796], jusqu'alors négligées. Le problème est que la CPI fait découler ce précepte de la condition contextuelle de la série de crimes analogues. C'est dire que, si l'on considère, à l'inverse de la jurisprudence, que la série criminelle ne préjuge pas d'une capacité destructrice, l'exigence d'une menace réelle et concrète pour le groupe devient caduque. Du moins, elle ne trouve plus aucun fondement dans la définition légale de l'infraction, ce qui l'expose au reproche de la légalité. Certains auteurs n'ont d'ailleurs pas manqué de formuler une telle critique à l'encontre de la construction de la CPI. Le potentiel destructeur dans lequel est ancrée la réalité de la menace pour le groupe n'étant pas formellement mentionné dans la définition de la condition de la série

---

[794] *Comp*. l'article 7 al. 2, 1, a) du Statut de Rome qui expose que « *Par "attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque"* ». Ainsi, la définition de l'entreprise criminelle contre l'humanité exige clairement que l'attaque généralisée ou systématique soit composée d'actes par eux-mêmes constitutifs d'un crime contre l'humanité. On peut ainsi considérer que les rédacteurs des éléments des crimes auraient opéré la même précision, s'agissant du génocide, s'il avaient entendu restreindre le champ de la *série d'actes analogues* à des comportements par essence génocidaires. v. M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°265.

[795] CPI, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'*Omar Al Bashir*, préc., n°124.

[796] Puisqu'elle tend en effet à circonscrire le champ d'application de l'incrimination aux seuls comportements attentatoires au bien juridique protégé, soit l'existence du groupe protégé. Sur ce point, v. *supra*, n°203.

criminelle, alors qu'il est au contraire érigé en critère déterminant de son alternative[797], ces derniers ont argué de la nécessité de limiter sa portée au strict cadre de cette seconde condition contextuelle[798], aucune considération ne justifiant, selon eux, son extension à l'ensemble des éléments contextuels. Cette opinion, appuyée sur les principes de légalité criminelle et d'interprétation stricte, peut difficilement être contestée. Il n'en demeure pas moins que la remise en question de la construction prétorienne, et précisément la limitation de la qualification aux seules entreprises exposant les groupes protégés à une menace réelle, est regrettable, ce critère s'analysant comme le gage de la nécessité de l'incrimination du génocide. On ne peut donc qu'espérer que la jurisprudence maintienne sa position bien qu'elle puisse sembler *contra legem* ou bien – et cela serait sans doute la meilleure solution – que le texte des éléments de crimes fasse l'objet d'une modification pour mieux entériner la condition d'organisation, telle que la prévoient les autres textes d'incrimination, afin de transcrire l'exigence d'une capacité criminelle collective.

302. Transition. – En définitive, il apparaît que la consécration de cet élément contextuel n'a pas remédié à l'insuffisance de la définition classique. Elle n'introduit aucun standard de capacité criminelle. Ainsi, le risque que sa qualification se trouve banalisée persiste car son domaine, bien que limité aux entreprises massives, reste ouvert aux entreprises illusoires. Il reste maintenant à se pencher sur le second critère posé par les éléments des crimes afin de voir si le constat est différent.

B. L'existence d'un comportement pouvant en lui-même produire la destruction du groupe

303. Absence de condition d'organisation. – Les éléments des crimes posent une alternative à la condition de la série manifeste de comportements analogues dirigés contre le groupe visé : le génocide peut par ailleurs être qualifié dès lors que le crime sous-jacent commis « *pouvait en lui-même produire une telle destruction* »[799]. Loin d'exiger que l'entreprise génocidaire présente un caractère collectif, et encore moins qu'elle émane d'un collectif *organisé*, ce critère montre au contraire qu'un comportement purement individuel peut être réprimé du chef de génocide pourvu qu'il ait été à même d'engendrer la destruction du groupe protégé. Il ne subsiste donc aucun doute relativement à l'admissibilité du génocide décontextualisé : déjà augurée par la jurisprudence du TPIY[800], celle-ci apparaît clairement entérinée par les éléments des crimes.

---

[797] R. CRYER, «The definitions of international crimes in the Al Bashir arrest wanted decision », *JICJ*, 2019, vol. 7, n°2, p. 291 ; K. HELLER, « The Majority's Problematic Interpretation of Genocide's Contextual Element », *Opinio juris*, 6 mars 2009, disponible à l'adresse url suivante : http://opiniojuris.org/2009/03/06/the-majoritys-problematic-interpretation-of-genocides-contextual-element/
[798] *Ibid*.
[799] *Éléments des crimes*, art. 6, n°4.
[800] V. *supra*, n°288.

304. Prise en compte subsidiaire du potentiel destructeur du comportement. – La controverse alimentée par l'hypothèse du génocide individuel n'a pas cessé avec sa ratification. La majorité de la doctrine continue de lui dénier tout bien-fondé, en arguant qu'il est illusoire qu'un individu puisse réussir, par lui-même, à décimer une collectivité entière[801]. Mais en réalité, le problème que soulève l'admission du génocide individuel n'est pas celui de savoir si un individu agissant de manière isolée peut ou non être apte à détruire un groupe donné : cette question est une question *de fait*, qui doit être résolue à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Il a beau être peu probable qu'une telle situation se présente, on ne saurait écarter cette éventualité, par autorité. Le raisonnement doit être ramené sur le plan du droit : pour que cette hypothèse soit admissible juridiquement, il faut que la qualification soit subordonnée à une exigence de potentiel causal. Or, c'est précisément ce qui posait problème, avant que les éléments de crimes ne soient consacrés, puisque le texte d'incrimination ne posait aucune exigence de cet ordre. Mais maintenant que la qualification du génocide est effectivement soumise à l'appréciation de la *capacité du comportement à produire la destruction du groupe*, la situation est totalement différente. La reconnaissance du génocide individuel n'apparaît plus critiquable, au regard du principe de nécessité des incriminations, car seuls les comportements dotés d'un contenu offensif véritable, c'est-à-dire ceux de nature à engendrer l'atteinte au fondement de l'infraction, apparaissent désormais constitutifs de l'infraction. Ainsi la banalisation du concept de génocide n'est-elle plus à craindre. En conclusion, il apparaît donc que même si l'appréhension de la capacité criminelle est en l'occurrence particulière, puisqu'elle n'est plus rattachée à l'existence d'un système génocidaire global, celle-ci n'en est pas pour autant contestable. L'incrimination est conforme aux principes théoriques du droit pénal dans la mesure où la capacité à mener à bien le projet criminel y trouve effectivement une traduction.

305. Critique du génocide individuel au regard du champ de compétence de la CPI. – L'existence d'une organisation criminelle au soutien de l'entreprise génocidaire reste pour autant regrettée en doctrine, notamment par un auteur qui en défend l'institution au renfort de plusieurs arguments. Il avance, d'une part, que « *le traitement de cette forme purement individuelle de génocide par la CPI détournerait celle-ci de sa tâche principale* »[802], à savoir juger les crimes les plus graves touchant la communauté internationale. Si tel est en effet l'objet de son office, il convient toutefois d'opérer une distinction relativement à cet élément de gravité. Celui-ci est susceptible de diverses acceptions, qui ne renvoient pas aux mêmes aspects

[801] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°246 ; C. KRESS, « The crime of genocide and contextual elements – A comment on the ICC pre-trial chamber's decision in the Al Bashir case », préc., p. 300 ; S. KIRSCH, « the two notions of genocide : distinguish macro phenomena and individual misconduct », *Creighton Law Review*, vol. 42, 2009, p. 354 ; H. VEST, « A structure-based concept of genocidal intent », *JICJ*, vol. 5, 2007, p. 784 ; W. SCHABAS, « State policy as an element of international crime », préc., p. 966.
[802] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°251.

de la compétence de la Cour. Il faut donc successivement les examiner afin d'apprécier la critique formulée.

306. Compétence matérielle de la CPI. – Cet élément de gravité peut d'abord être conçu abstraitement. Il s'entend, alors, d'une caractéristique inhérente à la notion d'infraction : toute infraction est grave, par nature, parce qu'elle porte atteinte à une valeur fondamentale de l'ordre social. Il reste que les crimes internationaux sont réputés constituer les crimes les plus graves qu'il soit. Cela s'explique par l'éminence de la valeur à laquelle il porte atteinte, ces derniers mettant en péril l'existence d'une collectivité entière[803]. Sous cet angle, la gravité de l'infraction internationale renvoie donc à un critère de définition de la compétence *matérielle* de la Cour pénale internationale[804]. Or, de ce point de vue, la reconnaissance du génocide décontextualisé n'emporte aucun élargissement du champ de la compétence de la Cour. Le critère de capacité destructrice consacré permet en effet d'affecter au comportement infractionnel la gravité abstraite typique du génocide, puisque celui-ci en ressort comme étant, par nature, attentatoire à l'intérêt pénalement protégé, c'est-à-dire l'existence de la collectivité ciblée.

307. Absence d'incidence sur la délimitation du champ de compétence juridictionnelle de la CPI. – La gravité des infractions internationale peut ensuite être appréhendée sur un plan concret. Sous cet angle, elle renvoie à l'importance des dommages causés par la réalisation de l'infraction et présente, en cela, un caractère fluctuant : un même crime international peut être plus ou moins grave, de ce point de vue, selon les modalités de sa commission. Cette gravité contingente conditionne également la compétence de la CPI, précisément sa compétence *juridictionnelle*. En effet, parmi l'ensemble des crimes relevant de sa compétence matérielle, seuls ceux empreints d'une gravité concrète suffisante sont censés être portés à sa connaissance[805]. En d'autres termes, la Cour pénale internationale doit se concentrer sur les situations infractionnelles majeures. Or, pas plus que l'admission du génocide décontextualisé ne remet en cause la délimitation de la compétence matérielle de la CPI, elle n'affecte sa compétence juridictionnelle. Rien n'indique en effet qu'un génocide individuel est *nécessairement* moins grave qu'un génocide collectif. Certes, le fait que le projet de destruction soit soutenu par une organisation laisse présager une puissance destructrice renforcée. Pour autant, un agent solitaire pourrait très bien avoir à disposition des moyens destructeurs considérables, par exemple à raison de ses fonctions, de sorte que la mise à exécution du projet qu'il aurait ourdi isolément pourrait bien être d'une gravité comparable. Là encore, cette

[803] V. *supra*, n°161.
[804] L'article 5 du statut de Rome dispose à ce titre que « *la compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale* », à savoir le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression.
[805] Art. 17, al. 1, d) du Statut de Rome. Les affaires ne satisfaisant pas un tel standard relèvent de la compétence complémentaire des juridictions nationales.

question doit être tranchée au cas par cas. D'ailleurs, il faut garder à l'esprit que même si l'entreprise génocidaire est conduite collectivement, la Cour pénale internationale reste toujours saisie du sort d'un individu : l'agent dont la responsabilité est alléguée est jugé au regard de ses propres actes, en vertu du principe de responsabilité du fait personnel[806]. En d'autres termes, c'est toujours la gravité d'une *l'affaire* donnée, et non de la situation globale, qui conditionne la compétence juridictionnelle de la CPI[807]. Or, on pourrait très bien imaginer qu'une entreprise génocidaire, appréhendée dans sa globalité, ait été dévastatrice, mais que certains participants n'aient joué qu'un rôle mineur dans sa conduite, de telle sorte que le critère de gravité concrète ne serait pas vérifié. C'est dire que l'ampleur de l'organisation de l'entreprise de destruction ne préjuge pas de la recevabilité d'une affaire devant la CPI. Le seul élément à prendre en compte tient à la gravité du comportement matériel de l'auteur et à son degré de culpabilité. Dès lors, l'admission du génocide individuel ne paraît pas de nature à dévoyer la compétence juridictionnelle de la CPI puisque, de deux choses l'une : ou bien le génocidaire individuel n'a pas réussi à mettre en œuvre sa capacité destructrice et l'affaire ne présente, alors, pas la gravité suffisante pour être portée à la connaissance de la CPI ; ou bien le génocidaire individuel a au contraire réussi à mener à bien son entreprise criminelle, avec toutes les conséquences dommageables que cela implique, et la CPI pourra alors juger de cette affaire présentant incontestablement la gravité requise. En définitive, il apparaît donc bien difficile d'invoquer la préservation de la compétence de la Cour pénale internationale pour justifier la nécessaire instauration d'une condition d'organisation au sein des éléments constitutifs du génocide, celle-ci étant, en tout état de cause, conditionnée par le sérieux de l'affaire.

308. Critiques du génocide individuel sur le terrain de la preuve. – D'autre part, ce même auteur considère que l'éviction de la condition d'organisation au profit du critère de capacité criminelle personnelle soulève un problème de preuve, « *la principale question étant de savoir le seuil de nocivité que doit atteindre le comportement de l'accusé pour être considéré comme étant "de nature à produire une telle destruction", les termes utilisés étant relativement imprécis sur ce point* »[808]. Assurément, l'appréciation du potentiel causal d'une action donnée est toujours délicate puisqu'elle n'est pas étayée par des considérations tangibles. L'évaluation de ce pouvoir, qui n'existe qu'à l'état de virtualité, implique donc un certain degré d'abstraction.

309. Tempéraments. – Néanmoins la critique ne paraît pas dirimante étant donné que la condition d'organisation, dans laquelle est ancrée la capacité collective à accomplir le projet d'annihilation du groupe protégé pour ce qui concerne les autres infractions internationales,

[806] Art. 22 al. 1 du Statut de Rome.
[807] Art. 17, al. 1, d) du statut de Rome.
[808] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit.*, n°250.

présente la même évanescence. Celle-ci s'entend en effet d'une organisation « *suffisante* »[809] pour permettre la réalisation du projet poursuivi. La même interrogation survient : quel niveau de structuration le groupement doit-il atteindre pour que son entreprise soit réputée efficiente ? La détermination de la capacité criminelle repose sur des critères tout aussi imprécis lorsqu'elle présente un caractère collectif. Du reste, cette souplesse n'est pas malvenue. Elle optimise en effet l'applicabilité de la règle de droit aux situations de fait particulières. Sans remettre en cause les problématiques probatoires que pose la condition de capacité, il semble toutefois qu'elles ne suffisent pas à fonder le rejet du génocide décontextualisé.

310. Critiques du génocide individuel quant à l'unité de la notion d'infraction internationale par nature. – Au regard des considérations précédentes, le génocide individuel ne paraît pas critiquable sur le plan juridique. Mais la déconnexion du crime de génocide de toute condition d'organisation n'en demeure pas moins regrettable, d'un point de vue conceptuel. Elle entame en effet l'unité de cette catégorie juridique puisque tous les autres crimes qui la composent exigent, au titre de leur qualification, que le projet attentatoire à l'existence du groupe protégé ait été porté par un collectif organisé. Pourquoi écarter cette exigence des conditions qualifiantes du génocide ? Qu'est-ce qui justifie que cette infraction puisse être appliquée au comportement solitaire d'un individu, quand cette solution est radicalement exclue s'agissant des autres infractions ? La cohérence de la catégorie infractionnelle commande un alignement de la définition du génocide sur celle des autres infractions, d'autant que la probabilité qu'il soit un jour retenu à l'endroit d'un comportement isolé est assez faible. Cette forme de criminalité génocidaire reste en effet extrêmement marginale : preuve en est qu'en pratique, cette hypothèse ne s'est jamais présentée devant les juridictions pénales internationales, exception faite de l'affaire *Jelisić.* C'est dire que la limitation *de jure* du domaine du génocide aux entreprises de destruction soutenues par un collectif criminel organisé n'emporterait aucune restriction significative du champ de cette qualification sur le plan factuel. Finalement, on en arrive à la même conclusion que la doctrine majoritaire, même si c'est moins la technique juridique que la nécessité de préserver la cohérence de la notion d'infraction internationale par nature qui nous font dire que le crime de génocide doit intégrer une condition d'organisation.

311. Conclusion de la Section 2. – L'incrimination du génocide déroge à la condition classique d'organisation. Sa définition originelle met exclusivement l'accent sur l'intention de détruire le groupe protégé ayant animé la commission du crime. L'efficience dudit crime est en revanche totalement laissée pour compte. La qualification n'est en effet aucunement subordonnée à l'appréciation du potentiel causal de l'infraction : la question de savoir si sa

[809] S'agissant de la qualification de l'entreprise criminelle contre l'humanité, v. *supra*, n°255 ; S'agissant de la qualification du contexte de conflit armé non-international, v. *supra*, n°244.

réalisation est effectivement de nature à engendrer la survenance de la destruction redoutée est indifférente. Cette configuration de l'infraction contrarie fortement les principes généraux du droit pénal, et particulièrement le principe de nécessité des incriminations : telle que définie, elle recouvre possiblement des entreprises se proposant certes d'annihiler une collectivité humaine mais qui sont incapables d'y parvenir. Aussi odieux que soit le but qu'elles poursuivent, celles-ci doivent rester étrangères au domaine de l'infraction dès lors qu'elles ne sont pas à même d'engendrer le résultat illicite dans lequel est ancrée la gravité suprême de l'infraction. Seules les entreprises exposant les groupes protégés à une menace avérée de destruction doivent pouvoir être affectées d'une telle coloration pénale.

Vraisemblablement, cette insuffisance de l'incrimination aura été perçue par les rédacteurs du statut de Rome puisqu'ils décidèrent de l'enrichir de nouveaux éléments constitutifs. Si la consécration d'une condition d'organisation, telle que prescrite aux fins de la qualification des autres infractions internationales par nature, aurait assurément permis d'y remédier, le choix se porta cependant sur d'autres éléments qui se sont révélés, à l'analyse, insatisfaisants. Le premier d'entre eux soumet la qualification à l'intégration du crime commis au sein d'une série de crimes analogues dirigés contre le groupe protégé. Ce contexte criminel dote, à tout le moins en apparence, l'entreprise génocidaire d'une dimension collective. Pour autant, il ne fait en aucun cas valoir la capacité destructrice du groupement à l'œuvre : l'efficience de l'entreprise reste une condition indifférente de la qualification du génocide. De ce point de vue, le second critère convient davantage. Il invite en effet à s'assurer que le crime sous-jacent commis était de nature à engendrer le résultat de destruction du groupe protégé. Le potentiel causal de l'infraction est ainsi érigé en critère déterminant de la qualification ; en cela, les exigences du principe de nécessité des incriminations sont satisfaites. Pour autant, le fait qu'il soit appréhendé de manière autonome brise la cohérence de la notion d'infraction internationale par nature. L'implication d'un collectif organisé dans la réalisation du projet d'annihilation du groupe protégé en est en effet un trait constant. Aussi la déconnexion du génocide de cet élément est-elle regrettable.

Pour ces différentes raisons, tant techniques que conceptuelles, il apparaît ainsi nécessaire de revoir les critères de qualification du génocide pour mieux en subordonner le mécanisme à une condition voulant que le projet illicite soit porté par une organisation criminelle pourvue des moyens nécessaires pour en assurer l'exécution.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

312. Le droit naît toujours de la réaction à un fait social. Il n'est pas étonnant, dès lors, que les particularités de ce fait soient transcrites dans sa définition juridique. En effet, la dimension collective des entreprises couvertes par la notion d'infraction internationale est, avant toute chose, une donnée de fait, une caractéristique saillante des évènements à partir desquels a été façonnée cette catégorie criminelle. Cet élément a donc reçu une traduction dans les textes d'incrimination, à une exception près toutefois puisque celui du génocide ne fait pas valoir cet aspect collectif de la criminalité saisie. C'est d'ailleurs un reproche que l'on peut lui adresser, la définition de l'infraction occultant la réalité du concept embrassé.

313. Qui plus est, l'élément d'organisation n'a pas qu'une fonction expressive. Il assume une fonction théorique essentielle puisqu'il se présente comme le support nécessaire *de la capacité à causer le résultat illicite* dans laquelle est ancrée la légitimité de l'incrimination de l'infraction internationale. L'ampleur de ce résultat, qui consiste dans l'annihilation d'une entité collective, a conduit à postuler l'incapacité des individus agissant seul et, partant, à requérir l'inscription du comportement au sein de l'action d'un collectif structuré autour d'un tel projet, soit d'une *organisation*. Cette exigence se justifie aisément. Étant réputée dépourvue de la faculté de mettre en péril le groupe protégé, l'action d'un individu isolé n'apparaît pas suffisamment grave pour être entachée de l'illicéité pénale afférente aux infractions internationales. La situation est en revanche différente quand le crime individuel s'intègre à une entreprise d'ensemble. Si tant est que ladite entreprise présente l'efficience causale nécessaire pour mettre en péril le groupe protégé, alors tout crime qui s'y intègre devient lui-même une cause de ce dommage : paré d'un tel contenu offensif, le comportement peut dès lors valablement recevoir une coloration pénale internationale. De ce point de vue, le rattachement du comportement individuel à l'action d'une organisation collective constitue un critère indispensable de la qualification. Si cette exigence est globalement transcrite par les textes d'incrimination, celui du génocide y déroge et apparaît, en cela, fortement contestable. En passant sous silence la nécessaire implication d'une organisation collective dans la réalisation du projet criminel, celui-ci néglige la question du potentiel causal du crime commis, pourtant essentielle. Aussi est-il impératif de revoir la définition du génocide.

314. Suivant le raisonnement exposé ci-dessus, le critère déterminant de la qualification pénale internationale réside dans le potentiel causal présenté par l'entreprise d'ensemble à laquelle est affilié le crime sous-jacent, ce qui invite à apprécier la puissance du collectif en conduisant la réalisation. Et l'analyse du droit positif montre que tel est bien le critère retenu. Si l'on s'est figuré, pendant longtemps, qu'une telle capacité ne pouvait être conçue qu'en lien

avec l'exercice d'un pouvoir souverain, l'Histoire aura renversé cette présomption. Le caractère étatique des entreprises considérées relève d'un paradigme historique dont il ne faut tirer aucune implication sur le plan juridique : cette capacité n'est pas l'apanage de la souveraineté étatique. On ne peut donc que saluer l'œuvre d'interprétation de la jurisprudence pénale internationale qui a non seulement ouvert le domaine des infractions aux groupements privés, mais qui a de surcroît établi qu'il n'est pas nécessaire que ceux-ci présentent les caractéristiques d'un État de fait pour que l'élément contextuel puisse être constitué. Il reste à espérer que la définition du crime d'agression évolue également en ce sens afin de rendre pleinement effective la protection conférée par l'incrimination. Le seul élément à prendre en considération doit être la capacité du groupement à accomplir son projet. Simplement, il faudra distinguer deux situations sur le plan probatoire. La première est celle où le projet est mis en œuvre par un État. Dans ce cas la capacité criminelle n'a pas à être démontrée car elle fait l'objet d'une présomption irréfragable. La seconde renvoie à celle où c'est au contraire une organisation privée qui en est à l'origine. Le cas échéant, la présomption de capacité n'est pas opérante : il faut alors établir, à la lumière des éléments de faits utiles, si celle-ci disposait effectivement des moyens suffisants pour mener à son terme l'exécution du projet afin de savoir si l'élément contextuel peut être constitué.

315. La subordination de la qualification des infractions internationales à la condition que le projet recelant l'atteinte au groupe protégé ait été mis en œuvre par une organisation capable est ainsi une condition essentielle qui trouve – ou à tout le moins qui doit trouver si tel n'est pas le cas – son expression au sein des éléments constitutifs de cette notion. Elle n'est toutefois pas la *seule* condition gouvernant la qualification. Si celle-ci requiert que l'entreprise ait été collective, il est par ailleurs nécessaire, au vu des textes, qu'elle présente une dimension massive.

Chapitre 2. La dimension massive de l'entreprise d'ensemble

316. La massivité comme élément historique des infractions internationales. – Si le concept de crime international pénètre le sens commun sous les traits d'une forme de criminalité collective, l'esprit se le figure instinctivement, par ailleurs, comme une forme de criminalité massive. À la multiplicité d'*acteurs* intervenant dans les processus de destruction considérés est en effet généralement associée une multiplicité de *victimes*. Là encore, les circonstances historiques ayant conduit à la création de cette catégorie infractionnelle expliquent qu'il en soit ainsi. Aucune qualification de droit commun ne fut en effet jugée suffisante pour exprimer le nombre incommensurable de crimes – et partant de victimes – charriés par l'entreprise nazie. Le fait de guerre avait en effet atteint une ampleur sans précédent, non seulement en raison de l'envergure des offensives martiales, mais également car il portait en son sein une campagne de destruction déconnectée de toute ambition militaire, mais non moins dévastatrice. Cet élément de massivité allait par la suite s'imposer comme une caractéristique atavique des différentes situations de conflits qu'aura connu le vingtième siècle, siècle qu'on qualifiera d'ailleurs d'« *âge des extrêmes* »[810] eu égard aux millions de victimes qu'il aura emportées. Le Préambule du statut de Rome y fait d'ailleurs écho. Ses signataires ont en effet pris soin de rappeler, dès ses premières lignes, « *qu'au cours de ce siècle, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine* »[811].

317. La massivité comme élément juridique des infractions internationales. – La définition juridique des infractions internationales se veut le fidèle reflet de cette réalité historique des crimes internationaux. Sauf quelques rares exceptions, la massivité de l'entreprise constitue en effet un élément qualifiant général des infractions internationales par nature (**Section 1**). Mais la constance de cette condition ne suffit pas à asseoir sa légitimité. Bien au contraire, son examen approfondi révèle son défaut de pertinence et amène à considérer que cette condition de massivité est infondée (**Section 2**).

Section 1. L'exigence de massivité de l'entreprise d'ensemble

318. Constance de l'élément de massivité. – La qualification du contexte des infractions est soumise à un critère de massivité de l'entreprise. Cet élément, tantôt érigé en

[810] M. STEINBERG, « Le génocide, l'histoire d'un imbroglio juridique », in *Génocide(s)* dir. K. Boustany et D. Dormoy (éd.), Bruxelles, Bruylant, coll. de droit international, 1999, p. 165 citant : E.-J. HOBSBAWN, *Age of extremes*. *The short Twentieth Century (1914-1991)*, Michael Joseph, London, 1994

[811] Préambule du Statut de Rome, al. 2.

condition légale, tantôt consacré par la jurisprudence, peut trouver différentes expressions matérielles selon la qualification envisagée. Pour certaines, c'est l'envergure de l'attaque menée qui sera déterminante ; pour d'autres, cela peut être la gravité, l'intensité ou encore l'importance des atteintes causées. Quoi qu'il en soit de ces variations, il en ressort que les entreprises martiales (§1) et criminelles (§2) doivent présenter une certaine ampleur et par là même engendrer de sérieux dommages pour que la situation tombe sous le coup du droit international pénal.

§1. La massivité des entreprises martiales

319. Massivité du recours à la force armée. – L'élément de massivité constitue, tout d'abord, un critère de caractérisation des entreprises martiales. Il est bien une exception à la règle, mais celle-ci reste marginale. Dans la majorité des cas, l'offensive armée doit présenter une certaine ampleur et gravité pour que l'on puisse conclure à l'existence de la situation contextuelle. L'analyse successive de l'agression armée (A) et le conflit armé (B) permettra d'en rendre compte et, ce faisant, de préciser les différentes expressions de la condition de massivité.

A. La massivité de l'agression armée

320. Consolidation progressive du critère de massivité. – Les TMI n'ont jamais fourni de définition générale et abstraite de la notion de guerre d'agression, bien qu'elle constituait le critère central du crime contre la paix. Leur jurisprudence permet toutefois d'entrevoir les conditions de qualification de ce contexte et laisse constater que la massivité de la guerre a effectivement retenu l'attention des juges. Cela étant, les juges de Nuremberg et de Tokyo n'ont pas retenu la même interprétation de ce critère, si bien qu'il est difficile de se prononcer sur sa fonction qualifiante, s'agissant du crime contre la paix (1). L'incertitude est cependant levée par la définition contemporaine de l'infraction : la massivité de l'acte d'agression est clairement érigée en critère de qualification du crime d'agression (2).

1- Un critère incertain du crime contre la paix

321. La massivité de l'agression armée : une condition apparente de la qualification devant le TMI de Nuremberg. – S'agissant, d'abord, des Procès de Nuremberg, la valeur conférée au critère de massivité peut être appréciée en lien avec la distinction fondamentale établie par les juges entre les notions d'*acte* d'agression et de *guerre* d'agression[812]. La portée de cette dichotomie est capitale : seuls les faits de participation à une guerre d'agression étaient

[812] *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 197 où le tribunal énonce que : « *les premiers actes agressifs que mentionne l'acte d'accusation sont l'invasion de l'Autriche et celle de la Tchécoslovaquie, et la première guerre d'agression visée est la guerre contre la Pologne, commencée le 1er septembre 1939* ».

susceptibles d'emporter la consommation du crime contre la paix et, partant, d'engager la responsabilité pénale de leurs auteurs[813]. Malgré l'importance des effets attachés à cette distinction notionnelle, le tribunal n'en a jamais vraiment précisé le critère déterminant. D'un côté, il a pu être avancé que le tribunal avait simplement suivi la distinction effectuée par l'acte d'accusation[814] sans chercher à se prononcer sur le caractère criminel des opérations qui n'y étaient pas présentées comme des guerres d'agression[815]. Cet argument ne semble toutefois pas dirimant. Il y a en effet lieu de croire que le tribunal se serait épargné l'analyse minutieuse de ces opérations s'il s'était senti absolument lié par l'acte d'accusation. D'un autre côté, l'absence de résistance armée de la part des États attaqués a parfois été présentée comme la cause du déclassement de ces actions invasives au rang d'actes d'agression[816]. Il ressort néanmoins d'une décision rendue par le tribunal militaire américain que les troupes allemandes ont bel et bien rencontré une résistance, certes faible, lorsqu'elles ont envahi la Tchécoslovaquie[817] ; or, l'attaque a pourtant été qualifiée d'acte d'agression. Cela semble alors indiquer qu'en l'absence de véritable lutte ouverte entre les forces armées des États concernés, les juges ont considéré que l'agression armée ne présentait pas suffisamment de sérieux pour être criminalisée. Ainsi, si le projet poursuivi par les opérations menées constituait indéniablement le paramètre déterminant de leur caractère agressif[818], encore fallait-il que la mise à exécution dudit projet se

---

[813] Le tribunal exclura la responsabilité pénale individuelle de Kaltenbrunner fondée sur sa participation, en tant que chef des troupes allemandes, à l'invasion de l'Autriche menée le 12 mars 1938 qui, « *bien qu*'[elle] *ait été un acte d'agression, n'est pas considéré comme une guerre d'agression* » : *ibid.,* p. 310. Il réitèrera cette affirmation à l'occasion de l'examen de la responsabilité de Schacht, tant à l'égard de l'occupation de l'Autriche que celle du territoire des Sudètes (*Ibid*., p. 331). Enfin, pour les mêmes raisons, le tribunal écartera la responsabilité pénale de Von Papen, considérant qu'il ne pouvait être reconnu coupable de participation à une guerre d'agression dès lors qu'aucun élément ne permettait de considérer qu'il ait joué un rôle dans « *le plan général en vertu duquel l'occupation de l'Autriche n'était qu'une étape vers des opérations agressives ultérieures, voire même dans un plan consistant à occuper l'Autriche pour une guerre d'agression si elle s'avérait nécessaire* » (*Ibid.,* p. 351).

[814] L'acte d'accusation distinguait en effet les « *actions agressives menées contre l'Autriche et la Tchécoslovaquie* » (*Procès des grands criminels de guerre*, Acte d'accusation, préc., p. 38) des autres entreprises martiales menées par l'Allemagne nazie, quant à elles présentées comme des guerres d'agression (*ibid*., p. 41 et s.)

[815] CDI, *Le statut et le jugement du tribunal de Nuremberg – Histoire et analyse,* (*Mémorandum du secrétariat général*), New-York, Publication des Nations unies, 1949, p. 52. V. également : R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, *op. cit*., p. 53.

[816] R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, *op. cit*., pp. 52-53 qui cite également en ce sens : C. POMPE, *Aggressive war : An international crime*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1953, p. 21-22. La présentation des faits dans la décision de jugement appuie en effet cette analyse : les deux campagnes invasives allemandes à avoir été reléguées au rang d'acte d'agression sont l'invasion de l'Autriche et l'occupation de la Tchécoslovaquie. Le tribunal relèvera explicitement, s'agissant de la première offensive, que : « *Le 12 mars 1938, à l'aube, les troupes allemandes entrèrent en Autriche et ne rencontrèrent aucune résistance* » : *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 204. En revanche, l'absence de résistance des forces tchécoslovaques n'est pas explicitement soulignée par le tribunal. Cela étant, elle peut se déduire du fait que le président Hacha avait accepté, non sans y être contraint, le déploiement des forces armées allemandes sur le territoire étatique : *ibid*., p. 207

[817] *USA c. Ernst von Weizsäcker and others*, « The Ministries case », reproduit dans : Trials of war criminal before the Nuremberg military tribunals under control council law n°10, vol. XIV, Washington, U.S. Government printing office, 1952, p. 389 : « *On 15 March Hitler summoned the aged and ailing Hacha, President of the Czechoslovakian Republic, to Berlin, and at an early hour of the morning, after threats that Prague would be bombed, Hacha was forced to submit. But German troops had already marched into Czechoslovakia hours before Hacha succumbed to Hitler's threats. The German troops met with some resistance from Czechoslovakian forces, but the Czechs were speedily overcome and the remainder of the Czech state fell* ».

[818] V. *supra,* n°108.

soit soldée par la tenue d'affrontements matériels intenses pour que de telles opérations puissent être constitutives d'un crime contre la paix à Nuremberg.

322. La massivité de l'agression armée : une condition indifférente de la qualification devant le TMI de Tokyo. – Devant le tribunal militaire international de Tokyo, la question de l'existence d'hostilités matérielles entre les forces armées en présence ne fut pas discutée ; à chaque fois, la mise en œuvre du projet agressif avait occasionné l'affrontement des troupes opposées. Le débat porta en revanche sur la question de l'intensité de ces hostilités. À deux reprises, la défense mit en avant la faiblesse et la courte durée des combats survenus afin de contester le fait qu'ils puissent être constitutifs d'une *guerre* d'agression. Selon elle, il s'agissait de « *simples incidents frontaliers causés par l'incertitude quant aux frontières et ayant donné lieu à des heurts entre détachements de gardes-frontières des deux pays* »[819]. Les hostilités ayant pris place aux abords du lac Khassan furent les premières soumises à l'examen des juges. Pour eux, « *l'attaque, ayant été planifiée et exécutée avec des forces substantielles, ne peut être considérée comme un simple heurt entre patrouilles frontalières. Il est également établi à la satisfaction du Tribunal que ce sont les Japonais qui ont engagé les hostilités. Bien que les forces employées ne fussent pas très importantes, le but susmentionné et le résultat de l'attaque, si celle-ci avait été couronnée de succès, suffisent, de l'avis du Tribunal, pour qu'il soit justifié de décrire ces hostilités comme une guerre* »[820]. *A priori*, la conclusion des juges semble signifier que la massivité des hostilités n'est pas une condition constitutive de la guerre d'agression puisque ces opérations, que ne caractérisaient ni l'importance des forces armées déployées, ni l'intensité des dommages causés, furent qualifiées de la sorte. Comme le note un auteur, c'est donc moins la matérialité des offensives que le but qu'elles tendaient à concrétiser qui semble avoir été déterminant aux yeux des juges[821]. Saisis ensuite des opérations conduites dans la région du Mononhan, les juges considérèrent que « *comme dans le cas de l'incident du lac Khassan, les troupes japonaises ont été complètement défaites ; on ne peut que spéculer de ce qui se serait passé si elles avaient vaincu. Néanmoins, le seul fait qu'elles aient été défaites ne détermine pas le caractère des opérations. Ces opérations ont été menées sur une grande échelle sur une période de plus de quatre mois, elles ont à l'évidence été entreprises par les Japonais après avoir été soigneusement préparées, comme il ressort de la Proclamation du Commandant en chef de la sixième armée, et l'intention était d'exterminer les troupes ennemies. L'argument selon lequel l'incident était un simple échange de feu entre gardes-frontières n'est donc pas défendable. Étant donné les circonstances, le Tribunal considère que*

[819] *The Tokyo judgment*, préc., p. 827. Traduction : Nations Unies, Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, Groupe de travail sur les crimes d'agression, *Analyse historique des faits relatifs à l'agression*, Doc. off. NU, PCNICC/2002/WFCA/L.1, 24 jan. 2011, n°312.
[820] *Ibid.,* p. 833-834. Traduction : Nations Unies, Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, Groupe de travail sur les crimes d'agression, *Analyse historique des faits relatifs à l'agression*, Doc. off. NU, PCNICC/2002/WFCA/L.1, 24 jan. 2011, n°313.
[821] R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, *op. cit*., p. 57.

ces opérations équivalaient à une guerre d'agression lancée par les Japonais »[822]. Si la finalité de l'action entreprise est ici encore clairement mise en lumière, on peut toutefois noter que la massivité des opérations est également invoquée aux fins de conclure à l'existence d'une guerre d'agression. Reste que le raisonnement du tribunal manque de clarté, en ce que l'examen de la matérialité de la conduite considérée n'est pas dissocié de son caractère agressif. Aussi, il apparaît bien difficile de déterminer quel élément a véritablement été pris en considération pour établir que l'attaque était constitutive d'une guerre et non pas d'un simple incident frontalier comme l'alléguait la défense japonaise. Toujours est-il que même si le tribunal insiste sur la massivité des opérations dans le cadre de son analyse de cette seconde situation, ce critère ne paraît pas avoir constitué une *condition sine qua* non de la qualification de la guerre d'agression incriminée dans la mesure où il faisait défaut dans la première situation

323. Conclusion. – Il apparaît ainsi que la mise en œuvre du projet de domination doit avoir suscité des hostilités matérielles entre les forces armées de l'État agressé et de l'État agresseur pour que l'existence d'une guerre d'agression soit caractérisée. Il est en revanche délicat de déterminer s'il est en outre nécessaire que les affrontements aient atteint un certain seuil d'intensité, les décisions rendues par les deux tribunaux militaires internationaux divergeant sur ce point. La définition actuelle de l'infraction dissipe toutefois cette incertitude puisque la massivité de l'acte d'agression y est visée comme une condition expresse du crime d'agression.

2- Un critère certain du crime d'agression

324. Consécration de la condition de massivité. – Contrairement à ce que l'on pourrait penser de prime abord, la substitution de la notion d'acte d'agression à celle de guerre d'agression dans l'incrimination contemporaine n'induit aucun élargissement du champ de l'infraction. Les travaux ayant présidé à l'intégration de l'incrimination du crime d'agression au sein du statut de Rome montrent au contraire que la majorité des délégations a défendu la nécessaire prise en considération de la massivité de l'agression réalisée. Selon eux, une ligne de partage devait en effet être tracée au sein même de la notion d'acte d'agression entre, d'un côté, ceux qui atteignent le seuil d'une véritable attaque armée – lesquels devaient pouvoir être justiciables de la Cour pénale internationale – et ceux qui, d'un autre côté, s'inscrivent dans une « *zone grise* »[823] à raison de leur faible intensité, tels que les incidents aux frontières – lesquels devaient être exclus du champ de sa compétence –. À l'issue des discussions, l'intégration d'une

[822] *The Tokyo judgment*, préc., p. 840. Traduction : Nations Unies, Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, Groupe de travail sur les crimes d'agression, *Analyse historique des faits relatifs à l'agression*, Doc. off. NU, PCNICC/2002/WFCA/L.1, 24 jan. 2011, n°314.

[823] Assemblée des États parties au statut de Rome de la Cour Pénale internationale, Sixième session, New-York, 2-6 juin 2008, Doc. off. ICC-ASP/6/20Add. 1, Annexe II, *Rapport du Groupe de travail spécial sur le crime d'agression*, n°24.

clause de seuil à la définition du crime d'agression fit l'objet d'un consensus[824]. On la retrouve au sein de l'article 8 *bis* du Statut de Rome qui subordonne la qualification de l'infraction au fait que l'acte d'agression ait « *par sa nature, sa gravité et son ampleur* » constitué « *une violation manifeste de la Charte des Nations Unies* »[825]. Ce sont ces deux derniers critères qui nous intéressent ici, le premier renvoyant à la licéité de l'acte d'agression réalisé[826].

325. Fonction qualifiante de la condition de massivité. – Ainsi, l'encadrement de la compétence juridictionnelle de la Cour, objet des préoccupations politiques, a été opéré au moyen d'une limitation de l'objet même de sa compétence matérielle, en ce sens que la solution trouvée a consisté à restreindre le champ d'application du crime d'agression.

Il s'ensuit que tout acte d'agression n'est pas constitutif de l'infraction : il est nécessaire, à cet effet, qu'il ait présenté une certaine magnitude et gravité. Comme le relève un auteur, « *le compromis de Kampala opère en réalité une typologie tripartite des emplois de la force armée par un État : ceux qui, pour être illicites au regard de la Charte, ne constituent pas des actes d'agression au sens de l'article 8 bis, paragraphe 2 ; ceux qui, pour constituer des actes d'agression au sens de cette disposition, ne sont pas constitutifs d'une violation manifeste de la Charte ; et ceux qui sont non seulement constitutifs d'un acte d'agression d'un point de vue matériel, mais aussi constitutifs d'une violation de la Charte* »[827]. Il en ressort que les responsabilités internationale et pénale ne sont pas soumises au même régime. Par exemple, le premier type d'emploi de la force susvisé pourra engendrer la responsabilité internationale de l'État, mais non la responsabilité pénale de son dirigeant. En réalité, seule la dernière hypothèse mentionnée peut engendrer une telle responsabilité qui soit de nature pénale.

326. Teneur de la condition de massivité. – Reste alors à préciser la teneur de cette condition de massivité. Comme le signale le texte, elle se décline en deux exigences que sont l'ampleur et la gravité de l'acte d'agression réalisé. Le premier de ces qualificatifs servant usuellement à désigner « *le caractère de ce qui embrasse un domaine étendu* »[828], il paraît nécessaire d'établir que l'offensive armée ait présenté une certaine envergure. Ce critère invite ainsi à prendre en considération la durée de l'attaque ou le nombre de troupes employées[829]. Le

---

[824] Plusieurs critères furent envisagés aux fins de départir ces deux situations. Notamment, certaines délégations proposèrent de définir l'infraction sur le modèle du crime contre la paix en exigeant que l'acte ait atteint le seuil d'une guerre d'agression. La condition, jugée anachronique, fut cependant écartée. Sur ce point, v. C. McDougall, *The crime of aggression under the Rome statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2013, p. 125.
[825] Art. 8 *bis* al. 1 du Statut de Rome.
[826] V. *supra*, n°173.
[827] I. Prezas, *J.-Cl. Droit international*, fasc. 450 : Crime d'agression. – Définition du crime d'agression. – Répression du crime d'agression, 2014, n°20.
[828] Dictionnaire en ligne du Centre national de ressources textuelles et lexicales.
[829] I. Prezas, *J.-Cl. Droit international*, fasc. 450 : Crime d'agression. – Définition du crime d'agression. – Répression du crime d'agression, 2014, n°21 où l'auteur dégage ces éléments de preuve à partir de la jurisprudence suivante rendue par la Cour Internationale de Justice : Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, 19 déc. 2005, *C.I.J. Recueil* 2005, p. 227, n°165.

second qualificatif appelle quant à lui une appréciation des effets dommageables emportés par l'emploi de la force armée, l'adjectif grave se rapportant à « *ce qui a une grande importance* », ce qui est « *susceptible de conséquences étendues, de suites fâcheuses, dangereuses* »[830]. Ces deux caractéristiques ne s'appliquent donc pas au même objet, l'une affectant la conduite agressive, l'autre, son résultat. Or, l'utilisation de la conjonction de coordination « *et* » suggère que ces critères sont cumulatifs, ce que confirment les éléments d'interprétation adoptés à Kampala. Il y est en effet explicitement expliqué que « *pour établir si un acte d'agression constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies, les trois éléments, à savoir la nature, la gravité et l'ampleur, doivent être suffisamment importants pour justifier une constatation de violation "manifeste". Aucun des éléments à lui seul ne peut suffire pour remplir le critère de violation manifeste* »[831]. Le caractère conjonctif de l'alternatif renforce ainsi l'exigence de massivité puisqu'elle doit, par conséquent, caractériser tant l'action armée conduite que son résultat pour que l'agression armée soit réputée criminelle.

327. Conclusion. – L'examen de l'incrimination figurant dans le Statut de Rome permet ainsi d'affirmer, cette fois sans que le doute ne soit plus permis, que la massivité de l'agression réalisée est une condition de sa criminalisation. Il convient maintenant de rechercher si la définition du contexte du crime de guerre appelle un constat similaire.

B. La massivité du conflit armé

328. Valeur fluctuante du critère de massivité. – Si les contextes d'agression armée et de conflit armé international présentent de nombreuses similitudes, la condition de massivité n'en fait pas partie. Elle est en effet étrangère à la qualification de ce dernier élément contextuel (1). On la retrouve en revanche érigée en critère déterminant de la qualification des conflits armés non-internationaux (2).

1- Un critère indifférent de la qualification du conflit armé international

329. Indifférence à la massivité du recours à la force en droit international humanitaire. – En ce qui concerne, d'abord, la qualification des conflits armés internationaux, force est de constater que les instruments de droit international à partir desquels a été forgée la notion de crime de guerre n'ont jamais subordonné l'application du droit humanitaire au degré d'importance des dommages causés par les hostilités. Les conventions utiles n'en font tout bonnement aucune mention. De ce silence des textes sera déduite l'absence de relevance de toute considération tenant à la massivité du conflit armé. L'idée est affirmée sans ambages dans les commentaires des Conventions de Genève de 1949 : « *tout différend surgissant entre deux*

[830] Dictionnaire en ligne du Centre national de ressources textuelles et lexicales. http://www.cnrtl.fr.
[831] Résolution RC/Res.6, *Le crime d'agression*, Annexe III, n°7.

États et provoquant l'intervention de membres des forces armées, est un conflit armé au sens de l'article 2, même si l'une des Parties conteste l'état de belligérance. La durée du conflit ni le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne jouent aucun rôle »[832]. Les commentaires à la Convention III relative au traitement des prisonniers de guerre vont même ajouter qu'il peut n'y avoir aucun combat[833].

330. Indifférence à la massivité du recours à la force en droit international pénal. – Le droit international pénal ne confère pas plus de valeur à ce critère. Cela ressort, d'abord, de la jurisprudence *Tadić* ayant établi qu'« *un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États* »[834]. Cette définition désormais bien ancrée ne contient aucun élément relatif à la massivité de la force employée. Elle suggère, au contraire, que le seul emploi de la force armée par les belligérants suffit à établir l'existence d'un conflit armé, sans égard à l'échelle ou à la sévérité des atteintes causées. Certes, il est vrai que dans cette même décision *Tadić*, le tribunal a expressément relevé que les « *hostilités [avaient excédé] les critères d'intensité applicables aux conflits armés tant internes qu'internationaux. On a observé un conflit prolongé, sur une grande échelle, entre les forces armées de différents États (...)* »[835] pour qualifier la situation de conflit armé international. Même si la définition générique du conflit armé livrée par la Cour ne contient aucune exigence en ce sens, cette remarque semble bien indiquer qu'il faille que le conflit ait atteint un certain seuil d'intensité pour que l'élément contextuel puisse être qualifié. Elle ne trouvera cependant aucun écho dans les jurisprudences postérieures, bien au contraire. Les juges de l'affaire *Delalić et consorts* déclareront, par exemple, que « *le recours à la force armée entre États suffit en soi à déclencher l'application du droit international humanitaire* »[836], ce qui montre bien qu'aucun autre facteur n'est à prendre en compte pour qualifier l'existence d'un conflit armé international. Concrètement, cela signifie que ni l'étendue – temporelle ou géographique – du conflit armé, ni l'importance des dommages humains et matériels causés ne sauraient influer sur la qualification de cet élément contextuel[837].

---

[832] J. PICTET, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. 1, *op. cit.*, p. 34 ; J. PICTET, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. 2, *op. cit.*, p. 28 ; J. PICTET, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. 3, *op. cit.*, p. 29 ; J. PICTET, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. 4, *op. cit.*, p. 26. V. également : Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (Dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, p. 40, n°62

[833] J. PICTET, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. 3, *op. cit.*, p. 29.

[834] TPIY, Arrêt *Tadić* relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence, préc, n°70.

[835] *Ibid*.

[836] TPIY, jugement *Delalić et consorts*, préc., n° 184. La jurisprudence de la CPI a quant à elle fait siennes les considérations énoncées dans les commentaires des Conventions de Genève, en affirmant que « *ni la durée du conflit ni le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne jouent de rôle* » : v. not. : *CPI, Situation en République démocratique du Congo, Affaire le Procureur c. Lubanga Dyilo*, décision sur la confirmation des charges (ICC-01/04-01/06-803), ch. prélim. I, 29 janvier 2007, n°207 ; CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Bemba Gombo,* préc., n°222.

[837] En ce sens : J. D'ASPREMONT, J. DE HEMPTINNE, *Droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 48, S. VITÉ, « Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités », préc., p. 72 ;

Plus encore, pour un auteur, la définition susmentionnée autorise à considérer qu'il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'affrontements matériels entre les forces en présence. Il avance en effet que « *deux États peuvent se trouver en situation de conflit armé sans qu'un seul coup de feu ait été échangé* »[838]. L'observation appelle cependant une distinction entre la situation de conflit armé et celle d'occupation militaire qui lui est assimilée[839]. La constitution de la première requiert qu'il y ait eu un *recours* à la force armée *entre* États. Aussi, une altercation armée, aussi isolée soit-elle, paraît bien devoir être constatée, peu important cependant qu'elle ait causé de quelconques dommages humains ou matériels. En revanche, la définition de la situation d'occupation autorise effectivement cette affirmation étant donné qu'elle n'exige aucunement que les forces armées de la puissance occupée aient opposé une résistance militaire à l'invasion[840]. Ainsi, dans ce second cas, il n'est pas nécessaire que le différend se soit matérialisé dans un affrontement armé, ce qui montre bien que la massivité de la force armée employée n'est pas une condition juridique de la qualification du conflit armé international. Il en va cependant différemment quand le conflit armé intervient au plan interne.

2- Un critère déterminant de la qualification des conflits armés non-internationaux

331. Double dimension de la massivité requise. – Alors que cet élément est fondamentalement dépourvu de pertinence quand il s'agit d'établir l'existence d'un conflit armé international, la massivité du recours à la force constitue au contraire une condition décisive de la constitution de ce contexte lorsque le conflit est de nature interne. À première vue, l'exigence se décline en deux critères que sont l'intensité (a) et le caractère prolongé des hostilités (b).

J.-F. QUÉGUINER, « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire », *RICR* 2003, vol. 85, n°850, p. 275 ; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit*., p. 129, n°1.58.
Il est toutefois à noter que certains auteurs défendent la nécessaire subordination de la qualification du conflit armé international à l'appréciation de son intensité. Selon eux, le concept de conflit armé doit en effet être distingué des situations où l'emploi de la force armée ne constitue que de simples escarmouches ou incidents de frontières puisqu'ils considèrent que ces dernières doivent échapper à l'application du droit international humanitaire et pénal : INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Final report on the meaning of armed conflict in international law*, The Hague conference, 2010, p. 28 et 32 ; M. SCHMITT, « Wired warfare : Computer network attack and *jus in bello* », *RICR* 2002, vol. 84, n°846, p. 372. Cette interprétation est cependant contredite par la définition large du concept de conflit armé international ainsi admise par le droit international pénal et humanitaire.

[838] J.-F. QUÉGUINER, « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire », préc., p. 276.

[839] *Éléments des crimes*, art. 8, nbp n°34 ; CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°542.

[840] Il n'en a pas toujours été ainsi puisque dans la Convention de la Haye de 1907 l'absence de consentement a été envisagée « *sous sa forme belligérante* », en ce qu'elle devait se matérialiser par des affrontements intenses. Ce régime fut modifié par les Conventions de Genève de 1949, l'article 2 qui leur est commun n'exigeant plus une résistance active des forces armées de la puissance occupée. La jurisprudence de la CPI a expressément rappelé qu'il ne s'agissait pas d'une condition constitutive de l'occupation : CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°541 ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1177. Sur ce point, v. R. KOLB et S. VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire, Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 111-112. V. également, V. KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Paris, Pedone, 2010, p. 28.

a- L'intensité des hostilités

332. Reconnaissance implicite du critère par le droit international humanitaire. – Les contours nébuleux du concept de conflit armé interne ont toujours fait craindre une banalisation de l'application du droit dans la guerre à tout « *acte commis par la force des armes, c'est-à-dire n'importe quelle forme d'anarchie, de rébellion, même de simple banditisme* »[841]. Aussi, de l'avis général, son domaine devait impérativement être limité aux seuls conflits « *[présentant] les aspects d'une guerre internationale, tout en existant à l'intérieur d'un État* »[842] soit aux situations « *dans [lesquelles] des parties organisées s'affrontent et qui [atteignent] un certain niveau d'intensité de violence* »[843]. Si l'article 3 commun aux Conventions de Genève ne consacre aucune condition particulière à cette fin, certaines exigences ont en revanche été posées dans le Protocole additionnel II aux Conventions. La portée de ses dispositions est en effet limitée aux seuls conflits se déroulant « *sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole* »[844]. L'intensité des hostilités ne figure pas explicitement parmi les critères posés, mais elle n'en reste pas moins une exigence implicite, sous-tendue par la condition du caractère continu et concerté des opérations[845].

333. Reconnaissance explicite du critère par le droit international pénal. – Animée par la même préoccupation tenant à « *distinguer un conflit armé du banditisme, d'insurrections inorganisées et de courte durée ou d'activités terroristes, qui ne relèvent pas du droit international humanitaire* »[846], la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux soumettra également la qualification de cet élément contextuel à des exigences renforcées. Elle s'est néanmoins émancipée du droit international humanitaire, en substituant au critère du caractère continu et concerté des opérations militaires, un critère consistant dans le caractère prolongé des hostilités[847]. Contrairement à ce que l'on pourrait penser de prime abord, les juges retiennent

[841] J. PICTET, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. II, *op. cit*., p. 33.
[842] J. PICTET, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. II, *op. cit*., p. 33.
[843] CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève*, 2018, n°387.
[844] Art. 1 al. 1 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève.
[845] Les commentaires du CICR sont en ce sens. Ils expliquent, plus encore, que le critère du caractère continu et concerté des opérations a été préféré afin d'objectiviser, autant que faire se peut, l'appréciation de l'existence d'un conflit armé non international. v. Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (Dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit*., p. 1377, n°4469
[846] TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°562.
[847] TPIY, Arrêt *Tadić* relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence, préc, n°70. Il fut toutefois proposé, lors de la Conférence pour l'établissement de la Cour pénale internationale, de revenir à la définition posée par le droit humanitaire. Les délégués ont néanmoins préféré entériner le critère dégagé par la jurisprudence pénale internationale, craignant que le caractère continu et concerté des opérations militaires n'introduise un seuil de qualification trop restrictif : v. CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°141, nbp n°318.

toutefois que cette condition se rapporte davantage à l'intensité des hostilités qu'à leur durée[848]. De nombreux facteurs intéressant la caractérisation de ce critère ont été dégagés au fil des décisions rendues, aucun d'entre eux n'ayant jamais été présenté comme essentiel aux fins d'établir que les combats sont suffisamment intenses. On en trouve une synthèse dans le jugement *Haradinaj* où sont recensés les éléments suivants : « *le nombre, la durée et l'intensité des différents affrontements, les types d'armes et autres matériels militaires utilisés, le nombre de munitions tirées et leur calibre ; le nombre de personnes et le type de forces engagées dans les combats ; le nombre de victimes ; l'étendue des destructions ; le nombre de civils ayant fui la zone des combats. L'engagement du Conseil de sécurité des Nations Unies peut également témoigner de l'intensité d'un conflit* »[849]. Alors même que ce critère s'est incontestablement imposé comme une condition essentielle de la constitution du contexte de conflit armé interne devant les juridictions *ad hoc*, le statut de Rome n'est pas venu l'entériner. Son article 8 se contente de fixer le seuil inférieur de la notion de conflit armé interne en exposant qu'elle est exclusive des « *situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire* »[850], sans véritablement préciser à la lumière de quel élément doit être opérée la distinction. Saisis de la question, les juges de la CPI sont venus ratifier le critère d'intensité dégagé par leurs homologues des TPI[851]. Ainsi, l'absence de prévision du Statut n'a-t-elle pas fait obstacle à son maintien au rang d'élément qualifiant du contexte de conflit armé interne[852].

b- Le caractère prolongé des hostilités

334. Consécration du critère. – Le statut contient par ailleurs une autre indication intéressant le contexte de conflit armé non-international que l'on peut rapprocher de l'exigence de massivité. L'application des incriminations ayant pour objet les « *autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas de caractère*

[848] TPIY, jugement *Tadić*, préc., n° 562 ; TPIY, jugement *Limaj*, préc., n°84 ; TPIY, jugement *Mrkšić*, préc., n°407. S'agissant de la jurisprudence du TPIR, le critère d'intensité a été consacré dans la décision TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°620 avant d'être confirmé, notamment par les décisions suivantes : TPIR, jugement *Rutaganda*, préc., n°93 ; TPIR, jugement *Musema*, préc., n°250.
[849] TPIY, jugement *Haradinaj*, préc., n°49. Pour une autre synthèse, v. : TPIY, jugement *Limaj*, préc., n°90.
[850] Art. 8 al 2, paragraphes d) et f) du Statut de Rome. La formule est directement issue de l'article 1 al. 2 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève du 12 août 1949, signé le 8 juin 1977.
[851] CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°538 ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1187 : « *Pour déterminer s'il existait un conflit armé ne présentant pas un caractère international, il y aura enfin lieu d'examiner quelle était son intensité dès lors qu'aux termes de l'article 8-2-f, la violence doit aller au-delà d'actes sporadiques ou isolés* ».
[852] Reste que de l'avis de la chambre préliminaire saisie de l'affaire *Bemba Gombo*, ce critère doit s'analyser en une condition venant limiter « *la compétence même de la Cour, puisque si l'intensité requise n'est pas atteinte, les crimes commis dans un tel contexte ne relèvent pas de cette compétence* » : CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Bemba Gombo*, préc., n°225. Telle lecture étonne au vu de la lettre de l'article 8. Elle invite plutôt à considérer que le concept de conflit armé est exclusif des situations de troubles et de tensions internes de sorte que le critère d'intensité, socle de leur départition, devrait en toute logique être comprise comme une condition conceptuelle du contexte de conflit armé interne, et non pas comme un élément devant aiguiller la répartition du contentieux juridictionnel. Cette approche reste en tout état de cause isolée, aucune décision postérieure ne s'en étant fait le relai.

international »[853] est en effet limitée « *aux conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux* »[854]. Étonnamment, les incriminations sanctionnant les violations graves de l'article 3 commun aux Conventions de Genève ne comportent aucune précision en ce sens[855], alors même qu'elles s'appliquent à la même situation de conflit armé interne. Les juges de l'affaire *Bemba Gombo* en ont alors déduit qu'il s'agissait d'une exigence supplémentaire, devant être vérifiée en sus de la condition d'intensité[856].

335. Valeur du critère. – La consécration de ce critère temporel n'a été accompagnée d'aucune forme d'explication sur le fond. Or, elle suscite certaines interrogations, notamment en ce qui concerne la fonction de cette condition : s'analyse-t-elle en un élément constitutif du contexte de conflit armé interne ou comme un critère de la compétence juridictionnelle de la Cour pénale internationale ? Plusieurs considérations invitent à retenir la seconde option.

D'abord, cette condition ne trouve aucun fondement dans le droit antérieur. Bien que la définition jurisprudentielle du conflit armé vise le caractère prolongé des hostilités, cette condition n'est jamais vérifiée dans la pratique. Les juges des TPI l'ont totalement éclipsée, au profit de la condition d'intensité : seule cette dernière condition est requise aux fins de la qualification du conflit armé et le caractère prolongé des hostilités est en réalité réduit à un élément de preuve, c'est-à-dire à un élément de fait[857].

---

[853] Art. 8 al. 2, e) du Statut de Rome.
[854] Art. 8 al. 2, f) du Statut de Rome.
[855] Art. 8 al. 2, c) du Statut de Rome.
[856] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Bemba Gombo,* préc., n°235 ; CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°138 ; CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Bemba Gombo,* préc., n°235 ; CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°138.
Cette jurisprudence semble bien mettre fin à la controverse doctrinale suscitée par l'ambiguïté du Statut de Rome. Elle contredit en effet l'interprétation selon laquelle les paragraphes d) et f) de l'alinéa 2 renverraient à une même réalité en dépit de l'introduction d'un élément temporel au sein de ce dernier, interprétation défendue notamment par les auteurs suivants : W. SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 4ème éd., 2011 p. 143 ; T. MERON, *The humanization of international law*, The Hague Academy of International Law Monographs, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 30 et 153 ; A. CULLEN, « War crimes », *Routledge Handbook of International Criminal Law*, dir. W. Schabas et N. Bernaz, London, New-York : Routledge, 2010, p. 148 ou encore C. KRESS, « War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 30, 2000, p. 188. Ces décisions rendues par les juges de la CPI tendent au contraire à valider la position tenue par un autre courant doctrinal, selon lequel la durée du conflit constitue un élément qualifiant du conflit armé visé au paragraphe d) de l'article 8 al. 2, élément qui est en revanche indifférent lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'une telle situation au sens du paragraphe f) de ce même article. Pour les partisans de cette lecture, la lettre du statut de Rome créerait ainsi une troisième catégorie au sein de la notion de conflit armé : « *à la traditionnelle ramification duale des conflits armés non internationaux, fondée sur une notion large découlant de l'article 3 commun et une notion restreinte consacrée par le Protocole II, viendrait se greffer une troisième branche englobant exclusivement les conflits internes prolongés* » : J.-F. QUÉGUINER, « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire », préc., p. 280. V. également, pour une interprétation en ce sens : S. VITÉ, « Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités », préc., p. 82 ou encore E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit*., p. 145, n°1.73 où l'idée ressort implicitement des propos de l'auteur.
[857] V. les références citées *supra*, n.b.p. n°848.

Ensuite, on peut penser que si cette condition temporelle devait constituer un élément qualifiant du conflit armé non international, elle serait d'application générale. Or, celle-ci conditionne exclusivement l'application des infractions sanctionnant les violations graves des lois et coutumes de guerre[858] ; la mise en œuvre des incriminations issues du Droit de Genève, en revanche, n'est pas subordonnée à ce critère[859].

Enfin, l'analyse de la lettre de la disposition est également en ce sens. En effet, le caractère prolongé se rapporte, non pas au recours à la force constituant le conflit armé, mais au conflit armé lui-même[860]. La formule employée signale ainsi que le critère a vocation à s'appliquer *une fois l'élément contextuel qualifié*, ce qui démontre qu'il ne présente, par lui-même, aucune fonction qualifiante.

Ces différentes raisons invitent donc à appréhender ce facteur temporel comme un critère *juridictionnel*[861], c'est-à-dire comme un critère restreignant la compétence répressive de la Cour à l'endroit des violations graves des lois et coutumes de guerre commises au cours d'un conflit armé interne. Dans ce cas de figure précis, les infractions commises ne pourront être poursuivies et sanctionnées qu'à la condition que le conflit armé se soit prolongé dans le temps.

336. Critique du critère. – Au-delà de la question de valeur juridique de cette condition temporelle, on peut s'interroger sur sa pertinence. D'aucuns lui reprochent son « *objectivité toute relative* »[862], en soulignant qu'il est bien malaisé de déterminer à partir de quel moment précis un conflit armé a suffisamment duré pour être considéré comme prolongé[863]. Mais c'est surtout au regard des conséquences qu'elle entraîne que la condition a pu être désapprouvée par la doctrine. Les auteurs décrient l'exclusion de tous les conflits nouvellement éclatés sur un territoire – mais non moins dignes d'intérêt – qui en découle[864], exclusion qui peine à se justifier. Même si l'on en convient, la restriction de compétence engendrée semble toutefois moins importante qu'elle n'y paraît. Comme précédemment démontré, la qualification des conflits

---

[858] Art. 8 al. 2, f) du Statut de Rome.
[859] Art. 8 al. 2, d) du Statut de Rome
[860] Il est d'ailleurs intéressant de mettre en parallèle l'indication contenue dans le paragraphe f) de l'article 8 al. 2 du statut de Rome avec la sentence jurisprudentielle dont elle est issue, libellée comme suit : « *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* » (TPIY, arrêt *Tadić* relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence, préc, n°70. Nous soulignons). Elle indique, en dépit de sa maladresse (l'existence d'un conflit armé étant conditionnée par… l'existence d'un conflit armé) que le caractère prolongé est une condition déterminant l'existence d'un conflit armé non-international ; et donc, un des critères de la constitution de cet élément contextuel. Cette partie liminaire de la proposition n'a pas été retranscrite dans le statut de Rome. Cela suggère que l'intégration de la clause n'avait pas vocation à régir la constitution de l'élément contextuel, sans quoi les rédacteurs auraient sans nul doute repris la formule *in extenso.*
[861] En ce sens : S. VITÉ, « Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités », préc., p 83.
[862] R. MOMTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *RCADI*, vol. n°292, 2001, p. 52.
[863] *Ibid.* ; J. D'ASPREMONT et J. DE HEMPTINNE, *Droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 70.
[864] R. MOMTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », préc., p. 53 ; J.-F. QUÉGUINER, « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire », préc., p. 278 et s.

armés internes est soumise à une condition d'intensité. Or, la durée du conflit armé constitue le moyen de preuve privilégié de cette condition[865]. Du reste, les autres éléments de fait les plus souvent utilisés pour caractériser l'intensité des hostilités, à savoir l'importance des dommages causés, présuppose, de toute façon, que les affrontements aient duré un minimum de temps (sauf hypothèse d'un recours à une arme particulièrement dévastatrice, telle la bombe nucléaire). C'est dire que la condition d'intensité devrait le plus souvent épuiser celle tenant au caractère prolongé des hostilités. Autrement dit, il y a lieu de croire qu'en pratique, la qualification du conflit armé interne implique toujours de constater que la lutte armée a duré un certain temps, si bien que cette limitation de la compétence juridictionnelle de la CPI ne devrait en réalité produire aucun effet.

337. Conclusion. – En définitive, ce facteur temporel n'est donc pas un élément de définition du contexte de conflit armé interne ; il constitue ni plus ni moins un critère déterminant la compétence juridictionnelle de la Cour pénale internationale[866]. Seule l'intensité de la force armée employée est donc à prendre en compte pour conclure à l'existence d'un conflit interne. En revanche, cette condition n'est pas requise s'agissant de la qualification des conflits armés internationaux. Ce traitement asymétrique est curieux ; mais il ne remet pas en question la valeur juridique de la condition de massivité. En réalité, les conflits armés internationaux font figure d'exception. Pour le reste, la caractérisation des entreprises martiales est toujours subordonnée à la puissance dommageable des opérations armées conduites : on retrouve cette exigence tant pour la qualification des conflits armés internes que pour celle de l'agression armée. Plus encore, il apparaît que la qualification des entreprises criminelle est pareillement soumise à une condition de massivité.

§2. La massivité des entreprises criminelles

338. Critère constant des entreprises criminelles. – La massivité de l'attaque commise en application du projet d'ensemble est également une condition de qualification des entreprises criminelles : cette exigence aussi bien pour le crime contre l'humanité (A) que pour le génocide (B).

---

[865] V. *supra*, n°334.

[866] On peut faire un parallèle avec l'article 8 al. 1 du Statut de Rome disposant que « *La Cour a compétence à l'égard des crimes de guerre, en particulier lorsque ces crimes s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle* », à la différence près que la limite de la compétence juridictionnelle de la CPI ici évoquée n'apparaît pas impérative. L'emploi de l'expression « en particulier » indique que l'indication a plutôt la valeur d'une suggestion : la compétence de la CPI devrait être privilégiée lorsque les crimes de guerre dont commis en application d'une politique criminelle particulière (par exemple, une politique de guerre totale). Mais en tant que telle, cette disposition n'exclut pas la compétence de la Cour pour les crimes de guerre isolés (pour peu que l'affaire soit recevable devant la Cour, ce qui suppose qu'elle soit empreinte d'une gravité, et donc que le crime ait causé des dommages suffisants : v. art. 17 du Statut de Rome).

A. La massivité de l'entreprise criminelle contre l'humanité

339. Condition nécessaire. – Dans sa forme originelle, le crime contre l'humanité ne comprenait aucune condition tenant à la massivité de l'entreprise criminelle d'ensemble. Cette exigence a été consacrée par la jurisprudence des TPI (1) avant d'être entérinée par le Statut de Rome (2).

1- Une exigence consacrée par la jurisprudence des TPI

340. Consécration de la condition de massivité. – La définition du crime contre l'humanité dans les Statuts des TMI ne faisait aucunement valoir la dimension massive de l'entreprise criminelle. Pour autant, les juges de l'après-guerre se sont tout de même attachés à caractériser l'amplitude et la systématicité de la violence dont il avait été fait usage lorsqu'ils procédèrent à la qualification de cette infraction[867]. À partir de ce précédent historique, cet aspect de l'entreprise criminelle fut conçu comme un élément inhérent au concept de crime contre l'humanité. Les juges du TPIY consacreront cette exigence à l'occasion de l'affaire *Tadić*, alors même que le texte d'incrimination n'en faisait aucune mention : selon eux, la qualité particulière de la victime ciblée par l'infraction, une victime *collective*, impliquait que l'attaque présentât un caractère massif[868]. Les décisions postérieures du TPIY ont largement reconduit cette exigence qui finira par être formellement intégrée aux conditions constitutives du crime contre l'humanité, dans le Statut du TPIR[869].

341. Définition de la condition de massivité. – La condition de massivité se décline en deux aspects que sont le caractère généralisé ou systématique de l'attaque. Selon une jurisprudence constante en la matière, le premier terme de l'alternative indique « *que l'attaque est menée sur une grande échelle et que le nombre des victimes est élevé* »[870]. Le second marque quant à lui « *le caractère organisé des actes de violence et la répétition délibérée et*

---

[867] Analysant les atteintes commises à l'encontre des populations civiles, le tribunal militaire de Nuremberg relève par exemple que « *l'emploi systématique de la violence, de la brutalité et de la terreur a été démontré par des preuves accablantes* » (*Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 245) ou encore que « *les déportés qui parvenaient aux camps étaient soumis à des traitements d'une cruauté systématique* » (*Ibid.,* p. 246). De même, le tribunal souligne que les actes de persécutions ont été commis « *sur une grande échelle avec une inhumanité constante et systématique* » : *ibid.,* p. 260.

[868] TPIY, jugement *Tadić,* préc., n°646 où le tribunal, après avoir analysé le droit applicable, a affirmé qu'« *il est désormais bien établi que la condition que les actes soient dirigés contre une "population" civile peut être remplie si les actes interviennent de façon généralisée ou de manière systématique* ». *Adde* : Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, *Histoire de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre et développement du droit de la guerre*, His Majesty's Stationery Office, 1948, p. 179 ; *Ann. CDI*, 1994, vol. II (2), p. 42, n°14.

[869] Art. 3 du Statut du TPIR.

[870] TPIY, jugement *Kunarac et consorts*, préc., n°428; TPIY, jugement *Blagojević et Jokić*, préc., n°545 et 546 ; TPIY, arrêt *Kordić et Čerkez*, préc., n°94 ; TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°580 ; TPIR, jugement *Musema*, préc., n°204.

l'improbabilité de leur caractère fortuit »[871]. En d'autres termes et pour reprendre la formule employée dans l'arrêt *Kunarac et consorts*, « *c'est au scénario des crimes – c'est-à-dire à la répétition délibérée et régulière de comportements criminels similaires – que l'on reconnaît leur caractère systématique* »[872]. Qu'elle soit pensée à l'aune d'un critère quantitatif ou qualitatif, la condition de massivité de l'attaque suppose donc que plusieurs victimes puissent être dénombrées pour que l'élément contextuel soit constitué. Si les juridictions n'ont jamais chiffré cette exigence, certaines décisions indiquent que le seuil est relativement élevé. Comme le relève un auteur, dans deux affaires « *les juges ont estimé que des pertes s'élevant à deux ou trois cents victimes devaient être rattachées à un contexte plus large pour relever d'un crime contre l'humanité* »[873], ce qui semble bien signaler qu'à défaut, la dimension massive de l'attaque n'aurait pas pu être établie, alors même que des centaines d'individus avaient été atteintes. Il faut enfin souligner que les deux critères déterminants de la massivité que sont le caractère généralisé et le caractère systématique sont alternatifs ; la vérification de l'un ou l'autre, indistinctement, satisfait la constitution de l'élément contextuel[874].

342. Objet de la condition de massivité. – Il reste à effectuer une dernière précision tenant à l'objet de la condition de massivité. Elle se rapporte à l'attaque, en tant qu'élément constitutif du contexte de l'infraction, non au crime individuel en étant le maillon. Autrement dit, si la qualification du crime sous-jacent suppose qu'il s'intègre à la réalisation d'une attaque généralisée ou systématique, il n'est pas exigé en revanche que ledit crime ait par lui-même engendré un nombre important de victimes. La jurisprudence est constante sur ce point : « *un individu qui commet un crime contre une seule victime ou un nombre limité de victimes peut être reconnu coupable d'un crime contre l'humanité si ses actes font partie du contexte spécifique identifié* »[875]. Cela étant, la règle paraît toutefois accuser un tempérament, certains crimes sous-jacents présentant, par essence, un caractère massif. Tel est notamment le cas de l'extermination, crime qui, selon les juges du TPIR, « *est de par sa nature, un crime dirigé*

---

[871] TPIY, arrêt *Kordić et Čerkez*, préc. n°94 ; TPIY, arrêt *Blaškić*, préc., n°101 ; TPIY, arrêt *Kunarac et consorts*, préc., n°94 ; TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°580 ; TPIR, jugement *Musema*, préc., n°204 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Nahimana et consorts*, arrêt d'appel (ICTR-99-52-A), ch. d'appel, 28 nov. 2007, n°920 (ci-après « jugement *Nahimana et consorts* »).
[872] TPIY, arrêt *Kunarac et consorts*, préc., n°94.
[873] R. MAISON, *Justice pénale internationale*, PUF, Manuel, coll. Droit fondamental, 2017, n°116.
[874] *Ann. CDI*, 1996, vol II(2), p. 50, n°4. Dans la jurisprudence du TPIY, la condition de massivité est clairement définie comme une alternative disjonctive puisqu'il a été posé que l'attaque doit être soit généralisée soit systématique : TPIY, jugement *Kunarac et consorts*, préc., n°427 ; TPIY, arrêt *Blaskić*, préc., n°98. Et s'il est vrai que l'article 3 du statut du TPIR fait exception à ce principe en exigeant que les crimes se soient insérés au sein d'une attaque généralisée *et* systématique, sa jurisprudence viendra toutefois affirmer que l'un ou l'autre de ces caractères suffit en réalité à vérifier la condition : TPIR, jugement *Kayishema*, préc., n°123 ; TPIR, jugement *Akayesu*, préc. n°579.
[875] TPIY, *Affaire le Procureur c. Mrksić et consorts*, décision sur examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du règlement de procédure et de preuve (IT-95-13-R61), ch. prem. inst., 3 av. 1996, n°30, confirmé par : TPIY, jugement *Tadić,* préc., n°649 ; TPIY, jugement *Kupreškić et consorts*, préc., n°550. Pour le TPIR, voir : TPIR, jugement *Seromba*, préc., n°357 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Nahimana et consorts*, arrêt d'appel (ICTR-99-52-A), ch. d'appel, 28 nov. 2007, n°924.

contre un groupe d'individus et se distingue du meurtre en ce qu'elle doit être perpétrée à grande échelle, qui n'est pas requis pour le meurtre »[876]. La remarque trouve d'ailleurs un écho dans le statut de Rome, celui-ci disposant que « *par "extermination", on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population* »[877]. Pour autant, et bien que le sujet de l'atteinte soit identifié comme une fraction du groupe protégé, le texte des éléments de crimes prévoit que la constitution du crime est satisfaite dès lors que « *l'auteur a tué une ou plusieurs personnes* »[878]. En dépit de ce que peut laisser penser le sens commun du terme extermination, il apparaît ainsi que la lésion d'une pluralité de victimes n'est donc pas requise pour la constitution de ce crime sous-jacent.

En somme, il faut bien distinguer les éléments contextuel et individuel du crime contre l'humanité : la condition de massivité s'applique exclusivement à la qualification de *l'entreprise criminelle d'ensemble*, et non à l'infraction sous-jacente.

2- Une exigence entérinée par le Statut de Rome

343. Intégration d'une condition supplémentaire à la constitution du contexte du crime contre l'humanité. – Cette condition de massivité, telle qu'interprétée[879], a été conservée dans la définition de l'infraction posée par le statut de Rome. Quelques précisions doivent néanmoins être effectuées compte tenu de l'intégration d'un nouvel élément au sein des conditions constitutives du contexte de l'infraction. Désormais, la qualification du contexte exige en effet non seulement que l'attaque ait été généralisée ou systématique, mais également qu'elle ait été réalisée « *en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque* »[880].

344. Confusions notables entre l'élément politique et l'élément de systématicité. – Or, ces deux conditions autonomes sont fréquemment amalgamées. Un auteur a par exemple pu avancer qu'« *il n'est pas certain que cette condition* [l'existence d'une politique] *apporte quelque chose de nouveau au droit en vigueur. (…) Cette condition renforce en fait, et l'explique, la condition alternative d'une attaque massive ou généralisée mais, érigée en élément constitutif, elle ajoute à la difficulté de démontrer l'existence de l'attaque* »[881]. Dans le

[876] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°591.
[877] Art. 7 al. 2, b) du Statut de Rome.
[878] *Eléments des crimes,* art. 7 al. 1, b), élément n° 1,
[879] CPI, jugement *Katanga*, préc., n° 1123 ; CPI, Situation au Darfour (Soudan), *Affaire le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun « Ahmad Harun » et Ali Muhammad Ali Abd-al-Rahman « Ali Kushayb »,* décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut (ICC-02/05-01/07-1-Corr-TFR), ch. prélim. I, 27 av. 2007, n°62 ; CPI, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya, préc., n°94-96. v. également CPI, jugement *Bemba Gombo,* préc., n°163 pour le caractère généralisé de l'attaque.
[880] Art. 7, 2, a) du Statut de Rome.
[881] P. CURRAT, *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale*, *op. cit*., p. 105.

même ordre d'idée, un autre a estimé que l'intégration de cette nouvelle condition revenait à neutraliser l'alternative énoncée dans le chapeau de l'article 7 §1 du statut de Rome dès lors qu'« *en plus du caractère généralisé de l'attaque, il faudrait toujours démontrer l'existence d'une politique c'est-à-dire, d'une attaque planifiée, dirigée, ou organisée* »[882]. C'est dire que l'élément politique ne serait finalement qu'un critère de la systématicité de l'attaque. L'assimilation concerne principalement ces deux conditions du fait de leur contenu similaire, toutes deux renvoyant à la rationalisation de l'attaque conduite. On en trouve par ailleurs des expressions dans la jurisprudence de la CPI. Dans une décision, certes isolée, la chambre préliminaire I estima par exemple que l'élément politique n'était qu'un simple élément probatoire « *permettant de conclure à la nature systématique d'une attaque* »[883]. La seule justification invoquée à l'appui consiste dans la jurisprudence rendue par le TPIY à l'occasion de l'arrêt *Kunarac et consorts* où le caractère constitutif de l'élément politique avait effectivement été réfuté[884]. Elle est proprement malvenue au vu de la dissemblance des incriminations qu'elle compare, le statut du TPIY n'érigeant aucunement l'élément politique en condition légale de l'infraction contrairement au statut de Rome[885]. Si cette affirmation *contra legem* ne sera jamais réitérée, il n'empêche que la tendance à assimiler l'élément de systématicité et l'élément politique persiste dans la pratique judiciaire. Notamment, dans la décision de confirmation des charges rendue à l'encontre de *G. Katanga* et de *M. Ngudjolo Chui*, l'existence d'une politique fut invoquée afin d'étayer le caractère systématique des attaques commises[886], de sorte que cet élément légal, en théorie autonome, se retrouve, en pratique, relégué au rang d'élément probatoire. De tels raisonnements vident complètement cette condition légale nouvelle de sa substance qui, « *étant liée à l'élément d'attaque et non à la composante systématique, porte sur l'ensemble du chapeau de l'article 7* », ainsi que le rappelle le juge H.-P. KAUL dans une opinion dissidente jointe à une affaire où un tel raisonnement avait été retenu[887]. Qui plus est, cette interprétation oblige les juges à caractériser l'existence d'une attaque systématique pour établir l'élément politique ce qui revient donc à réduire à néant l'éventualité qu'elle puisse n'être que généralisée. C'est d'ailleurs assurément la raison pour laquelle la Cour s'est efforcée de caractériser la systématicité de l'attaque dans cette dernière décision alors qu'elle avait déjà démontré son caractère généralisé[888], ce qui ne

---

[882] O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, incriminations, responsabilité*, *op. cit.,* p. 139.
[883] CPI, Affaire *Ahmad Harun et Ali Kushayb,* Décision relative à la requête déposée par l'accusation en vertu de l'article 58-7 du statut, préc., n° 62 où la chambre se réfère à l'arrêt *Kunarac et consorts* précité.
[884] TPIY, arrêt *Kunarac et consorts*, préc., n°98.
[885] En ce sens : CPI, Opinion dissidente du juge HANS-PETER KAUL annexée à la décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya, préc, n° 31.
[886] CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *G. Katanga* et *M. Ngudjolo Chui*, préc., n°413 où la chambre affirme que les attaques « *n'ont pas été [commises] contre la population civile de façon fortuite mais en application d'une politique commune et d'un plan commun organisé* » afin de démontrer qu'elle était bien systématique.
[887] CPI, opinion dissidente du juge HANS-PETER KAUL annexée à la décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya, préc., n°32.
[888] CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *G. Katanga* et *M. Ngudjolo Chui*, préc., n°412. A l'évidence, cette précaution procédait de la nécessité de caractériser la condition tenant à l'existence

devrait pas être nécessaire puisque le Statut de Rome appréhende ces critères de manière alternative.

345. Distinction entre l'élément politique et l'élément de systématicité. – L'assimilation de ces conditions sera par la suite formellement censurée par la jurisprudence. Reconnaissant que la démonstration de ces deux éléments participe d'une même exigence, à savoir « *établir que l'acte individuel constitue le maillon d'une chaîne et qu'il se rattache à un système ou à un plan* »[889], elle rappellera néanmoins la nécessité de les départir strictement. Bien qu'elle n'ait jamais fourni la clef de cette différenciation, la comparaison de ces deux notions permet toutefois de comprendre qu'elle réside dans l'objet de cette ligne de conduite raisonnée à laquelle renvoient concurremment ces deux éléments. L'élément politique s'analyse en une directive[890], supportant une projection abstraite de l'objectif à atteindre, sans pour autant prévoir les modalités pour y parvenir. L'élément de systématicité reflète en revanche à l'existence d'un « *plan organisé dans la poursuite* [de cette] *politique commune* »[891]. Ainsi, ces deux conditions n'ont pas le même objet et doivent, partant, être soigneusement distinguées : l'élément politique suppose d'établir que l'attaque poursuivait la réalisation d'un projet préconçu – c'est donc une question de *finalité* de l'attaque – tandis que la condition de systématicité en appelle quant à elle à la planification méthodique de l'attaque mettant en œuvre ledit projet – c'est alors une question des modalités d*'exécution* de l'attaque –.

346. Conclusion. – Pour conclure, les textes d'incrimination du crime contre l'humanité soumettent ainsi la constitution de l'élément contextuel à la caractérisation de la massivité de l'attaque lancée contre le groupe protégé. La démonstration du but poursuivi par l'attaque n'est donc pas suffisante. Non seulement il incombe aux juridictions d'établir qu'elle recherchait la concrétisation d'un projet tendant à atteindre une population civile donnée[892], mais également qu'elle présentait un caractère généralisé ou systématique. Cette seconde condition doit être convenablement dissociée de la première qu'elle vient d'une certaine façon compléter puisqu'elle renvoie, en définitive, aux modalités de l'exécution du projet poursuivi. Il reste pour

---

d'une politique requise par l'incrimination et considérée comme étant inhérente à la notion de systématicité par la chambre.

[889] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1112. V. également : CPI, Décision de confirmation des charges portées à l'encontre de *L. Gbagbo*, préc., n°216 : « *La Chambre est d'avis, dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour, que les notions de "politique" et de caractère "systématique" de l'attaque dans le contexte de l'article 7-1 du Statut renvoient l'une et l'autre à un certain degré de planification de l'attaque. En ce sens, la preuve qu'un État ou une organisation a planifié, organisé ou dirigé l'attaque peut être utile pour établir tant l'existence d'une politique que le caractère systématique de l'attaque, mais les deux notions ne doivent pas être amalgamées car elles servent des fins différentes et correspondent à des critères différents au regard des articles 7-1 et 7-2-a du Statut* ».

[890] En ce sens où la politique criminelle renvoie à la finalité de l'entreprise ; elle est, en quelque sorte, le support de la condition de projet d'ensemble.

[891] CPI, Décision relative à la confirmation des charges portées à l'encontre de *G. Katanga et M. Ngudjolo Chui,* préc., n°397.

[892] V. *supra*, n°56 et n°67.

finir à étudier le texte d'incrimination du génocide, afin de voir si la qualification de l'infraction est pareillement soumise à cette exigence.

B. La massivité de l'entreprise génocidaire

347. Indifférence à la massivité de la destruction réalisée pour la constitution du génocide. – La représentation intuitive que l'esprit peut se faire du concept de génocide est semblable à l'image que renvoie le crime contre l'humanité : un crime de grande envergure charriant, parmi son lot d'atrocités, un nombre incommensurable de victimes. Pourtant, à la différence de cette infraction, la définition juridique du génocide ne se fait pas l'écho d'une telle réalité. L'incrimination éclipse, en effet, tout élément de massivité. Certains conseils ont bien tenté de démontrer qu'il s'agissait d'une exigence implicite de la qualification. Leur raisonnement était le suivant : puisque l'expression « *comme tel* » se rapporte au but génocidaire, en signifiant que le projet destructeur doit viser la *totalité* du groupe, l'expression « *en tout ou partie* » ne pouvait également s'appliquer à cette condition finaliste, à peine de contradiction. Selon eux, il fallait donc en déduire que l'expression « en tout ou partie » venait qualifier le processus matériel de destruction du groupe, ce qui revenait concrètement à exiger que l'attaque ait porté atteinte à tout ou partie du groupe ciblé[893]. Cette lecture, qui imposait la démonstration du caractère massif de la campagne génocidaire, a été censurée sans détour par le TPIY. Celui-ci rappela qu'« *aux termes de la Convention, l'expression "en tout ou partie" se rapporte à l'intention, et non à la destruction effectuée* »[894]. On ne peut qu'acquiescer au raisonnement du tribunal : en réalité, la formule « en tout ou partie » induit simplement que le projet de destruction peut avoir pour cible une fraction du groupe protégé et qu'il n'est donc pas nécessaire qu'il tende à l'anéantissement de la totalité du groupe protégé, dans le monde entier[895].

348. La massivité du génocide comme élément de preuve du projet de destruction poursuivi. – Cela n'empêche pas la jurisprudence de fonder la caractérisation de l'infraction sur la dimension massive de l'entreprise destructrice menée. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un élément juridique de l'infraction, elle demeure l'élément de preuve privilégié du dol spécial requis[896], l'intention d'anéantir une collectivité pouvant effectivement être inférée du fait que bon nombre de ses membres aient été pris pour cible. Ces considérations judiciaires n'ont cependant qu'une portée probatoire et ne signifient, en aucun cas, que la qualification du génocide est conditionnée par l'étendue de la destruction occasionnée. Il n'est pas nécessaire qu'une attaque d'envergure ait pris place, et encore moins qu'une multiplicité de victimes

[893] TPIY, jugement *Krstić*, préc., n°583.
[894] TPIY, jugement *Krstić*, préc., n°584.
[895] Sur ce point, v. *infra*, n°712.
[896] v. not. : TPIY, jugement *Sikirica et consorts,* préc., n°65 ou encore TPIY, jugement *Stakić*, préc., n°525-526. Pour plus de développements sur ce point, v. M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°355-356.

puisse être recensée[897] ; au vu du texte, la perpétration d'un seul et unique crime suffit[898] pourvu qu'elle ait été animée par l'intention requise.

349. Introduction d'un élément de massivité par la consécration d'un élément contextuel matériel dans les éléments de crime. – La nouvelle composante contextuelle introduite au sein des éléments d'interprétation des crimes tend toutefois à remettre en cause ce principe établi. Son texte impose en effet que le comportement se soit inscrit « *dans le cadre d'une série manifeste de comportements analogues dirigés contre ce groupe* » ou qu'il « *pouvait en lui-même produire une telle destruction* »[899]. Si le second terme de l'alternative n'induit aucun changement de perspective, le premier oblige à démontrer l'inclusion du crime sous-jacent dans une campagne de destruction plus vaste, composée de la commission multiple de crimes d'une semblable nature à l'encontre des membres du groupe ciblé[900]. Cette condition fait ainsi écho à la définition du crime contre l'humanité qui requiert que l'entreprise d'ensemble ait présenté un caractère généralisé ou systématique. Elle reflète, précisément, ce dernier standard puisque la réitération de crimes analogues qui est exigée traduit l'existence d'un certain scénario de crimes[901]. Certes, il est précisé dans le corpus que « *l'expression "dans le cadre" devrait comprendre les actes initiaux d'une série en train de se faire jour* »[902]. En théorie, cet élément contextuel devrait donc pouvoir être constitué alors même que les actes commis ne représenteraient que les prémices d'une attaque sur le point d'être lancée. Cela étant, sa caractérisation présuppose, de fait, qu'un certain nombre de crimes aient été commis ; à défaut, il sera en effet impossible de déterminer si la réitération des actions constatées relève du hasard ou de la mise à exécution d'un scenario criminel. Il s'ensuit qu'à moins que le crime commis présente *per se* le potentiel causal exigé, hypothèse qui semble au demeurant assez illusoire, la constitution de l'élément contextuel astreindra à constater qu'une pluralité de victimes a été lésée. Ainsi la massivité de l'entreprise génocidaire, qui restait jusque-là un simple élément de preuve, se voit-elle dotée, dans une certaine mesure, d'une fonction

---

[897] La jurisprudence l'a d'ailleurs clairement affirmé : TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°316 : « *il n'existe pas de limite inférieure quant au nombre de victimes nécessaire pour qu'il y ait génocide* » ou encore TPIY, jugement *Stakić*, préc., n°522 qui reprend l'assertion en l'étoffant quelque peu.
La doctrine est globalement en accord avec cette idée : v. not. : M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°534 ; Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit*., p. 295 ; A.-M. LA ROSA et S. VILLALPANDO, « Le crime de génocide revisité », préc., p. 81 et p. 86 ; J. VERHOEVEN, « Le crime de génocide, originalité et ambiguïté », préc., p. 24.
[898] Si le texte d'incrimination laisse entendre qu'il faille au moins deux victimes pour que l'infraction de génocide puisse être retenue du fait de l'emploi du pluriel pour qualifier le sujet de l'atteinte, (par exemple, l'article 6.a incrimine le meurtre de membres du groupe), les éléments de crimes précisent expressément que le comportement peut avoir lésé *une* ou plusieurs personnes (pour reprendre le même exemple, les éléments afférents à l'article 6-a du statut exposent : « *l'auteur a tué une ou plusieurs personnes* »).
[899] *Eléments des crimes*, art. 6, élément n°4.
[900] v. V. *supra*, n°297.
[901] Le caractère systématique de l'attaque renvoyant, d'après une jurisprudence constante, à un « *scénario des crimes – c'est-à-dire à la répétition délibérée et régulière de comportements criminels similaires – que l'on reconnaît leur caractère systématique* ». v. TPIY, arrêt *Kunarac et consorts*, préc., n°94.
[902] *Éléments des crimes*, art. 6, introduction, al. a).

constitutive de l'infraction devant la Cour pénale internationale en raison de de la consécration de cette nouvelle condition contextuelle.

350. Conclusion de la section 1. – La massivité de l'entreprise d'ensemble vouée à exécuter le projet illicite se présente ainsi comme une condition qualifiante unitaire des infractions internationales. Mis à part le contexte de conflit armé international, tous les éléments contextuels de ces infractions requièrent d'établir que la mise à exécution du projet s'est soldée par la réalisation d'importants dommages humains et matériels. C'est dire que tant que le processus d'atteinte au groupe ciblé n'aura pas été particulièrement dévastateur, le droit international pénal restera insusceptible d'application. L'admission de cette condition est lourde de conséquences pour la collectivité ciblée, puisqu'elle retarde l'octroi de la protection que lui confèrent les incriminations. C'est la raison pour laquelle il paraît nécessaire de se pencher sur le fondement de cette condition de massivité, afin de s'assurer que le report de la protection qu'elle implique est bien légitime.

Section 2. Le défaut de pertinence de la condition de massivité

351. Appréciation de la pertinence du critère de massivité. – Le bien-fondé de l'élément de massivité paraît relever de l'évidence vu la prégnance de la condition. Son examen tend néanmoins à contredire cette nécessité, en ce qu'il révèle qu'elle ne trouve aucun fondement dans les exigences de la théorie juridique. Ni la qualification des entreprises martiales (§1) ni celle des entreprises criminelles (§2) ne devraient être tributaires de cette condition.

§1. Un élément qualifiant infondé des entreprises martiales

352. Rejet de la condition. – Le recours à la force armée employée doit présenter une dimension massive pour que le crime d'agression et le contexte de conflit armé puissent être qualifiés. Rien ne justifie pourtant que l'ampleur et la gravité de l'acte d'agression réalisé (A) ou que l'intensité du conflit armé (B) soient pris en considération.

A. Un élément qualifiant infondé de l'agression armée

353. Critique de la condition de massivité sur le plan formel. – Si la doctrine n'a pas manqué de se pencher sur la condition de seuil consacrée au sein de l'incrimination du crime d'agression, les critiques qui lui sont adressées ont essentiellement trait à l'évanescence de la formule employée[903]. Les auteurs opposent en effet le principe de légalité à l'imprécision des

[903] O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, incriminations, responsabilité*, *op. cit.,* p. 330 ; H.-P. KAUL, « The Crime of Aggression - Definitional Options for the Way Forward », *The International Criminal*

termes utilisés : en quoi consiste un acte d'agression « *grave* » ? Comment apprécier le caractère « *manifeste* » de la violation de la Charte des Nations Unies ? Ils en appellent, partant, à la nécessaire clarification de la condition.

354. Justification de la condition par le principe de nécessité de l'incrimination : présentation des arguments avancés. – À côté de ces considérations de forme, l'intégration de la condition de seuil au sein des éléments constitutifs du crime d'agression a bien suscité certaines contestations sur le plan substantiel. Les remarques sont néanmoins d'ordre politique, les auteurs déplorant précisément le fait que des responsables d'actes d'agression puissent rester impunis à partir du moment où l'action armée n'a pas atteint le degré de massivité requis[904]. Sur le plan juridique en revanche, la doctrine ne paraît pas réprouver son bien-fondé. Au contraire, plusieurs arguments ont été avancés afin d'en justifier l'admission. D'abord, il est parfois souligné que les autres infractions internationales par nature sont pareillement conditionnées par un tel critère[905]. L'observation ne suffit cependant pas à asseoir sa pertinence, la constance d'un élément infractionnel ne dénotant pas forcément sa légitimité. On trouve ensuite une autre série de justifications, qui sont à rapprocher du principe de nécessité des incriminations. La première est fondée sur l'idée que seul un acte d'agression massif présente un degré de gravité justifiant qu'il fasse l'objet d'une incrimination pénale. La seconde consiste à dire que cette condition permet d'exclure du champ de l'infraction les menaces d'agression qui, justement, ne sont pas suffisamment graves pour être criminalisées. Toutes deux doivent être soigneusement analysées.

355. Justification de la condition fondée dans la gravité du crime d'agression : rejet de l'argument. – D'un côté, d'aucuns expliquent l'admission du critère de massivité par l'extrême gravité attachée au crime d'agression. Selon un auteur, l'appréciation de la magnitude de l'acte d'agression revêt en effet une importance primordiale « *à cause du caractère de gravité inhérent au crime d'agression* »[906]. Il considère, aussi, que l'acte d'agression réalisé doit

---

Court and the Crime of Aggression, dir. M. Politi, G. Nesi, Ashgate Publishing Ltd., 2004, p. 103 ; A. PAULUS, « Second Thoughts on the Crime of Aggression », *EJIL*, vol. 20 n°4, p. 1121 ; S. D. MURPHY, « The Crime of Aggression at the ICC », *George Washington Law faculty Publications*, 2012, p. 33 ; M. J. GLENNON, « The Blank-prose Crime of aggression », *Yale Journal of international Law*, vol. 35, n°1, 2010, pp. 101-102.

[904] A. REISINGER CORACINI et P. WRANGE, « The specifity of the crime of aggression », *The crime of aggression : a commentary*, dir. C. Kress et S. Barriga, Oxford University Press, 2017, pp. 321-322. Les effets pernicieux de l'absence de criminalisation des actes d'agression armée de faible envergure ont été largement condamnés par un autre auteur qui relève, entre autres, que « *Moreover, to exempt small-scale armed attacks on other states' sovereignty, territorial and political independence from the reach of international criminal law will be to encourage leaders of powerful states to launch repeated short, sharp armed attacks on less powerful states with impunity* » : D. D. NTANDA NSEREKO, « Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court », *Nordic Journal of international law*, vol. 71, n°4, 2002, p. 503.

[905] A. REISINGER CORACINI, P. WRANGE, « The specifity of the crime of aggression », préc., p. 322 ; K. A. PETTY, « Criminalizing Force : Resolving the Threshold Question for the Crime of Aggression in the Context of Modern Conflict », *Seattle University Law Revue*, vol. 33, n°105, 2009, p. 117.

[906] V.-M. METANGMO, *Le crime d'agression : recherches sur l'originalité d'un crime à la croisée du droit international pénal et du droit international du maintien de la paix*, *op. cit.*, p. 326. En ce sens également : C.

présenter un seuil élevé de gravité afin « *de ne pas faire entrer dans la catégorie de crime d'agression, qui est un crime grave, des actes moins graves* »[907].

L'appréciation de cette affirmation commande une distinction nécessaire entre deux aspects bien distincts de la gravité affectant toute infraction : l'un abstrait, l'autre, concret. La gravité intrinsèque de l'infraction, dans laquelle est fondée cette argumentation, renvoie au premier d'entre eux. Elle a pour support la lésion emportée par la conduite incriminée à une valeur essentielle à la préservation de l'ordre social. De ce point de vue, toute infraction est donc grave, par essence, puisqu'elle consiste en un comportement qui est attentatoire à cette valeur fondamentale. La compréhension de la gravité suprême attachée au crime d'agression, comme celle des autres crimes relevant de la catégorie des infractions internationales par nature, en appelle ainsi à l'intérêt supérieur qu'il est susceptible de mettre à mal ; et c'est parce qu'il met en péril l'existence d'une entité collective[908], en l'espèce l'État, qu'il est réputé constituer l'un des « *crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale* »[909].

La gravité concrète de l'infraction présente, en revanche, un caractère fortuit. Elle dépend des modalités de sa commission, un même crime pouvant être plus ou moins préjudiciable selon les circonstances de son déroulement. En toute logique, c'est à ce versant concret de la gravité infractionnelle que se réfère l'auteur, lorsqu'il affirme que l'acte d'agression doit revêtir un niveau de gravité élevé, la gravité abstraite (l'atteinte à la valeur protégée) n'étant pas sujette à gradation.

À la lumière de ces considérations, l'intégration de cette condition de seuil aux éléments constitutifs de l'infraction trouverait donc à se justifier, selon cet auteur, par l'idée que seul un acte d'agression d'envergure ayant engendré de sérieux dommages peut être considéré comme étant directement attentatoire au bien juridique protégé par l'infraction, à savoir l'existence d'un État. À l'analyse, l'affirmation se révèle pourtant discutable. En effet, les éléments constitutifs de l'acte d'agression, tels que définis, suffisent à établir cette aptitude causale : virtuellement incluse dans le projet de soumission de l'État échafaudé, la menace pour le bien juridique protégé devient réelle lorsqu'il est mis à exécution. Il s'ensuit que toute action correspondant au comportement décrit par l'élément contextuel présente par elle-même la gravité abstraite propre au crime d'agression, justifiant ainsi qu'elle soit constitutive de l'infraction. De ce point de vue, l'exclusion des actes d'agression de faible importance du champ de l'infraction est donc dépourvue de fondement.

MCDOUGALL, *The crime of aggression under the Rome statute of the International Criminal Court*, *op. cit.*, p. 136 pour qui « *The preservation of the integrity of the Article 5(1)*, [qui dipose que la compétence matérielle de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale] *therefore, requiered the definition of the state act element of the crime of aggression to be restricted in its application to unlawful uses of inter-State armed violence that are so serious that they are comparable to genocide, crimes against humanity and war crimes* ».

[907] *Ibid*.

[908] V. *supra*, n°161.

[909] Préambule du Statut de Rome.

356. Justification de la condition fondée dans l'exclusion des menaces d'agression du champ du crime d'agression : rejet de l'argument. – D'un autre côté, la fonction constitutive du critère a pu être défendue eu égard à la nécessaire exclusion des menaces d'agression du champ de l'infraction[910]. Partant du principe qu'une menace, par définition, n'est pas quantifiable, il retient qu'elle ne saurait jamais remplir les critères de gravité et d'ampleur, de sorte que la consécration de la clause de seuil empêche que de simples menaces d'agression puissent être constitutives d'un crime d'agression. Si l'argument s'entend, il n'est cependant pas décisif. Deux tempéraments peuvent en effet être formulés. D'abord, s'il est vrai que le critère d'ampleur s'accommode mal de l'immatérialité du comportement considéré, le critère de gravité ne paraît pas incompatible si tant est qu'on l'appréhende comme une exigence de sérieux de la menace émise. Il n'est donc pas certain qu'il soit opératoire. Ensuite, et surtout, les menaces d'agression sont déjà écartées du spectre du crime d'agression par la condition exigeant que la force armée ait été *employée* par l'État pour que l'élément contextuel soit établi[911]. Ainsi, bien que le critère puisse effectivement présenter un certain intérêt lorsqu'il est envisagé sous cet angle, il n'en reste pas moins inutile étant donné qu'une autre condition permet déjà d'exclure les menaces d'agression du champ de l'infraction.

357. Rejet de la fonction qualifiante de l'élément de massivité. – La condition de massivité consacrée ne trouve donc aucune assise dans le principe de nécessité. Il en ressort, au contraire, que tout acte d'agression devrait pouvoir constituer un crime d'agression. L'ampleur et la gravité concrète de la force armée utilisée ne devraient donc pas conditionner la constitution de l'infraction ; ces éléments doivent rester des éléments de faits. Mais cela ne signifie pas, pour autant, qu'il faille leur dénier tout intérêt sur le plan juridique.

358. Élément de recevabilité de l'affaire devant la CPI. – D'une part, la massivité de l'acte d'agression pourra être prise en compte au stade procédural afin d'optimiser le traitement judiciaire des infractions. Pour un auteur, c'est d'ailleurs en tant que critère de la compétence juridictionnelle de la Cour pénale internationale, et non en tant qu'en élément constitutif du crime d'agression, que le critère doit être entendu[912]. Reste que la clause, ainsi conçue, présente un intérêt limité en ce sens que la gravité concrète des faits commis constitue déjà un critère général de recevabilité de l'affaire devant la Cour pénale internationale[913]. La préoccupation de ne pas engorger la Cour, aussi légitime soit-elle, ne commande donc pas la conservation de cette condition de seuil au sein du texte d'incrimination dès lors que l'ampleur et l'intensité de

---

[910] O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, incriminations, responsabilité*, *op. cit.,* p. 330.
[911] Art. 8 *bis*, al. 2 du statut de Rome définit l'acte d'agression comme « *l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies* » (nous soulignons).
[912] W. SCHABAS, *The international criminal court, A commentary on the Rome statute*, *op. cit*., p. 310.
[913] Art. 17 al. 1, d) du Statut de Rome.

l'acte d'agression devront nécessairement être qualifiées pour que l'affaire puisse passer ce filtre.

359. Élément de preuve du projet de soumission de l'État. – Enfin, il reste à souligner que l'ampleur et la gravité de l'acte réalisé constitueront, bien souvent, des éléments intéressant la démonstration de son caractère agressif, parce qu'elles renseignent sur la finalité poursuivie. En effet, comme l'explique un auteur, si la volonté de l'État est effectivement tendue vers la domination d'un autre État, « *elle se traduira généralement par une action militaire revêtant une certaine gravité, et on passera le seuil qui distingue une simple opération de police d'un véritable recours à la force dans les relations interétatiques* »[914]. Ainsi la massivité de l'attaque permettra d'établir que le recours à la force poursuivait effectivement le projet caractéristique de cette infraction, socle de son illicéité. Il faut donc retenir que la massivité de l'attaque ne doit pas être un élément constitutif de l'acte d'agression, mais qu'elle peut toutefois aider à sa caractérisation.

360. Conclusion : abandon nécessaire de la condition de massivité. – En conclusion, puisqu'aucune considération d'ordre juridique ne saurait justifier la condition de massivité, celle-ci doit être abandonnée. Les critères de gravité et d'ampleur de l'acte d'agression commis doivent être retranchés de la clause figurant à l'alinéa 1 de l'article 8 *bis*. Seule doit être conservée la référence à la « nature » de l'acte d'agression, laquelle invite à apprécier l'injustice du recours à la force[915].

B. <u>Un élément qualifiant infondé du conflit armé</u>

361. Évanescence du critère d'intensité. – La qualification du contexte de conflit armé est également soumise à une exigence de massivité, uniquement lorsqu'il est de nature interne cependant[916] ; celle-ci trouve son expression dans la condition d'intensité admise de manière constante par la jurisprudence pénale internationale. Or, à l'instar de la clause de seuil requise aux fins de la qualification du crime d'agression, ce critère pèche par son manque d'objectivité. Comment établir le seuil d'intensité en deçà duquel l'existence d'un conflit armé pourra être établie ? La jurisprudence contourne la difficulté en affirmant qu'aucun facteur n'est par lui-même déterminant, et que cette circonstance doit être caractérisée au cas par cas. Cela ne règle cependant pas la question. Si l'intensité des hostilités peut, par exemple, être mesurée à l'aune

---

[914] O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, *op. cit*., p. 105 (références omises). En ce sens également : K. A. PETTY, « Criminalizing Force : Resolving the Threshold Question for the Crime of Aggression in the Context of Modern Conflict », *Seattle University Law Revue*, vol. 33, n°105, 2009, p. 118 qui reconnait que « *the threshold of criminal aggression may ultimately depend on the mental state of the alleged aggressor* ».
[915] V. *supra*, n°173.
[916] A la différence des conflits armés internes, la constitution des conflits armés internationaux n'est pas soumise à l'appréciation de l'intensité des hostilités, ni à la caractérisation de leur caractère prolongé. v. *supra*, n°331

de l'importance des dommages humains et matériels causés, combien d'atteintes devront-elles être recensées ? Le critère paraît bien trop fuyant pour pouvoir être strictement appliqué.

362. Légitimation impropre du critère d'intensité par la jurisprudence. – La critique aurait sans doute pu être relativisée si le critère avait constitué un outil de qualification idoine. Telle n'est cependant pas la conclusion à laquelle invite son analyse. En effet, alors que la jurisprudence ancre la légitimité du critère d'intensité dans la circonscription indispensable du concept de conflit armé interne, celle-ci affirmant qu'il se veut le moyen de le distinguer « *du banditisme, d'insurrections inorganisées et de courte durée, ou d'activités terroristes qui ne relèvent pas du droit humanitaire* »[917], il est flagrant que la condition consacrée n'entretient aucun lien logique avec la fonction qui lui est affectée. En effet, les actions armées susmentionnées n'ont pour trait saillant ni la faiblesse de la violence employée, ni sa fugacité. Bien au contraire, il semble que c'est parce qu'elles sont susceptibles d'atteindre un niveau de gravité avoisinant celui se trouvant communément attaché au concept de conflit armé que s'est imposée la nécessité de départir clairement ces deux types de situations. En témoigne par exemple la définition de la notion de troubles intérieurs ayant pu être livrée par le CICR, libellée comme suit : « *il s'agit de situations où, sans qu'il y ait à proprement parler de conflit armé non international, il existe cependant, sur le plan interne, un affrontement qui présente un certain caractère de gravité ou de durée et comporte des actes de violence* »[918]. C'est dire que l'intensité de la force armée employée, justement appréciée à l'aune de tels éléments, ne peut en aucun cas être considérée comme un élément distinctif du concept de conflit armé interne ce qui empêche, par conséquent, d'y voir un critère de qualification adapté.

363. Absence de bien-fondé du critère d'intensité. – L'absence de bien-fondé du critère est encore plus éclatante lorsqu'il est analysé à la lumière de la raison d'être du droit dans la guerre. L'existence d'un conflit armé conditionnant le déclenchement du droit dans la guerre, il découle de l'admission du critère d'intensité que tant que le recours à la force armée n'aura pas atteint un degré d'intensité suffisant, les actions menées échapperont à sa réglementation. Il faut garder à l'esprit que ce corps de règles constitue un droit de permission. Il est en effet voué à légitimer la réalisation de certaines atteintes, pourvu qu'elles procèdent d'un exercice nécessaire et proportionné du droit à l'autoconservation reconnu aux collectivités parties à un conflit armé, à raison de la menace que cette circonstance fait peser sur leur

[917] v. not : TPIY, jugement *Tadić*, préc, n°562 ; TPIY, jugement *Limaj*, préc., n°89 et s. ; TPIY, arrêt *Kordić et Čerkez*, préc., n°341 ; TPIR, jugement *Rutaganda*, préc., n°92 ; TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°171 ; TPIR, jugement *Musema*, préc., n°248. La jurisprudence de la CPI retient la même interprétation : CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1187 : « *Pour déterminer s'il existait un conflit armé ne présentant pas un caractère international, il y aura enfin lieu d'examiner quelle était son intensité dès lors qu'aux termes de l'article 8-2-f, la violence doit aller au-delà d'actes sporadiques ou isolés* » ; CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°140.
[918] Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (Dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, p.1379, n°4475.

existence[919]. Ce régime absolutoire doit donc trouver à s'appliquer dès qu'une collectivité est effectivement exposée à un tel péril. Or, cette circonstance est vérifiée à partir du moment où la *potentialité* destructrice du projet martial devient *actualité*, par sa mise à exécution. Si le recours aux armes constitue une condition nécessaire de la qualification du contexte de conflit armé – à défaut, le danger n'est pas concret, de sorte que l'exercice d'un tel droit de défense ne trouve aucun fondement – il faut admettre qu'elle en constitue également une condition suffisante. En effet, l'intensité de la force armée employée n'affecte aucunement la réalité de la situation de péril, sinon sa matérialité. Elle se rapporte, en d'autres termes, à la manifestation tangible de la menace à laquelle est exposé le groupe protégé. Le degré d'acuité qu'elle peut présenter doit rester sans incidence sur l'application du droit dans la guerre, sans quoi les groupes mis en péril se verraient contraints d'essuyer d'importants préjudices avant d'être autorisés à se défendre. Le seuil de déclenchement du droit dans la guerre doit, en somme, être déterminé avec justesse. S'il est indubitable qu'« *il n'y a pas à hâter cette applicabilité, car le droit en question offre, certes, une protection aux rebelles, mais il justifie aussi, vu les circonstances combattantes, l'usage proactif de la violence de la part des forces gouvernementales* »[920], elle ne doit pas non plus être prorogée outre mesure, sans quoi les groupes protégés se trouveraient indûment dépossédés du bénéfice de la justification que leur reconnaît ce corpus normatif.

364. Incidence du critère sur la répression des crimes commis. – Le droit dans la guerre n'est toutefois pas réductible à cette dimension permissive ; il comprend tout un volet d'interdictions, dont les plus graves sont érigées en crimes de guerre. L'application de ces infractions présuppose que l'existence d'un conflit armé ait été établie, les comportements incriminés devant impérativement être associés à cette conjoncture pour en être constitutifs. Par voie de conséquence, la subordination de la constitution du conflit armé à l'appréciation de l'intensité de la violence employée implique que les qualifications de crime de guerre ne pourront pas être envisagées tant que l'emploi de la force n'aura pas atteint un certain niveau de violence. Or, si l'on admet que le crime de guerre consiste en un comportement d'exécution du projet martial non justifié par la préservation du groupe protégé, on ne peut que regretter que les faits d'armes correspondant ne puissent être réprimés, jusqu'alors, sous cette qualification. Certes, d'aucuns pourront arguer de l'applicabilité du droit commun pour contrecarrer toute critique tenant à l'absence de condamnation des comportements perpétrés. La solution demeure toutefois insatisfaisante. En effet, ces infractions ordinaires ne sont pas destinées à saisir ce type de criminalité particulière. Le label délivré, inadapté, ne reflètera pas la véritable essence de la conduite réprouvée. Du reste, la notion d'infraction internationale par nature n'est pas dotée d'une seule fonction expressive. À cette qualification pénale est associée un régime répressif

[919] V. *supra*, n°182.
[920] D. CUMIN, *Droit de la guerre*, *Traité sur l'emploi de la force armée en droit international*, vol. 3, L'Harmattan, coll. Droit comparé, LGDJ, 2015, 3ème partie, Titre II, Chap 1, p. 3.

spécifique, voué à empêcher que les crimes demeurent impunis. Sans ces garanties, le jugement des faits de guerre peut être compromis, que l'État soit ou non partie au conflit armé interne. Le cas échéant, le risque est celui de la complaisance du juge à l'endroit des comportements s'étant intégrés à la ligne de conduite belliqueuse étatique[921]. Si tel n'est pas le cas, le même écueil surgit en ce sens que l'intervention d'un conflit armé entre des groupes sociaux témoigne de l'incapacité de l'État à assurer la préservation de l'ordre public, ce qui laisse pressentir un exercice défaillant du droit de punir[922]. Par ailleurs, et quand bien même des poursuites venaient à être enclenchées au plan interne, l'imputation de la responsabilité pénale restera régie par les règles du droit commun. Or, le particularisme de ces infractions commande l'adaptation de son mécanisme ; c'est la raison pour laquelle elles sont soumises à un régime juridique exorbitant. C'est dire que le critère d'intensité est non seulement dépourvu de fondement mais qu'il entraîne, de surcroît, des conséquences fâcheuses du point de vue de la répression des faits de guerre illicites.

---

[921] Tout le régime de poursuite de l'infraction internationale est construit en contemplation de ce risque. Les règles applicables devant les juridictions pénales internationales en témoignent clairement. S'agissant de la CPI, on peut par exemple noter les exceptions posées à l'irrecevabilité d'une affaire, prévues par l'article 17 al. 1 : « *une affaire est jugée irrecevable par la Cour lorsque : a) L'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites ; b) l'affaire a fait l'objet d'une enquête de la part d'un État ayant compétence en l'espèce et que cet État a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État de mener véritablement à bien des poursuites (...)* ». De même, l'article 20 du statut posant le principe *non bis in idem* comprend un semblable tempérament puisqu'il énonce en son alinéa 3 que « *Quiconque a été jugé par une autre juridiction pour un comportement tombant aussi sous le coup des articles 6, 7, 8 ou 8 bis ne peut être jugé par la Cour que si la procédure devant l'autre juridiction : a) avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour des crimes relevant de la compétence de la Cour; ou b) n'a pas été au demeurant menée de manière indépendante ou impartiale, dans le respect des garanties d'un procès équitable prévues par le droit international, mais d'une manière qui, dans les circonstances, était incompatible avec l'intention de traduire l'intéressé en justice* ». Pareils aménagements ressortent du statut du TPIY. On peut par exemple relever l'article 9 du règlement de preuve et de procédure régissant la procédure de dessaisissement d'une juridiction nationale au profit de la juridiction internationale. Il énonce que « *s'il apparait au Procureur, au vu des enquêtes ou poursuites pénales engagées devant une juridiction interne comme cela est prévu à l'article 8 ci-dessus, que: i) l'infraction a reçu une qualification de droit commun ou ii) la procédure engagée ne serait ni impartiale ni indépendante, viserait à soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale ou n'aurait pas été exercée avec diligence (...) le Procureur peut proposer à la Chambre de première instance désignée à cet effet par le Président de demander officiellement le dessaisissement de cette juridiction en faveur du Tribunal* ». Enfin, si pareil leitmotiv ne se retrouve que dans une moindre mesure dans les règles gouvernant la poursuite des infractions devant le TPIR, un auteur relève que « *ceci doit être expliqué par les circonstances politiques spécifiques au Rwanda, où les autorités responsables du génocide ont été renversées* » : R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, *op. cit*. p. 233. De fait, la crainte qu'un jugement organisé au plan interne ne constitue qu'un simulacre de procès était donc moins prononcée. Pour autant, cela n'empêche pas que certaines règles furent édictées aux fins de contrecarrer cette hypothèse. V. not. l'article 9 ii) du règlement de preuve et de procédure applicable à cette juridiction qui prévoyait que les infractions devaient être spécifiquement jugées par le TPIR, et non par les tribunaux rwandais, lorsque les affaires impliquaient des individus en position d'autorité étatique au moment des faits.
Pour plus de développements sur ce point, v. l'analyse menée par R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, *op. cit*. p. 229-238 même si elle ne suit pas le même fil conducteur, l'auteur œuvrant à démontrer que le jugement de la criminalité de guerre isolée doit relever de l'office des juridictions internes et non des juridictions internationales.

[922] A côté de l'absence de volonté répressive de la part des autorités, la défaillance de la structure institutionnelle constitue l'autre hypothèse en considération de laquelle certaines règles de poursuites font l'objet d'aménagements, comme en rendent compte les articles cités à la note de bas de page précédente.

365. Contournement du critère d'intensité par la jurisprudence pour la répression des crimes commis. – L'écueil aura été perçu par la jurisprudence. Dans certaines décisions, des évènements s'étant produits avant que les hostilités n'aient atteint le degré d'intensité nécessaire à leur qualification de conflit armé interne ont été ramenés dans le spectre de l'élément contextuel du crime de guerre. Le jugement *Haradinaj* rendu par le TPIY peut être invoqué à titre d'illustration. Les faits dont le tribunal furent saisis se déroulèrent au Kosovo, région où depuis la première moitié des années 1990, des affrontements armés intervenaient régulièrement entre les forces armées serbes et l'Armée de Libération du Kosovo (ALK), un groupe armé paramilitaire. À l'étude de l'affaire, les juges situeront le début du conflit armé au 22 avril 1998, considérant que les heurts n'avaient satisfait la condition d'intensité qu'à compter de cette date précise[923]. Certaines exactions commises le 18 avril 1998 seront pourtant intégrées aux faits faisant l'objet du quatrième chef d'accusation relatif aux traitements cruels et aux tortures dont furent sujettes plusieurs victimes[924]. À l'issue d'un examen minutieux des faits, la Chambre prononce cependant une décision d'acquittement au motif, d'une part, que les éléments de preuve fournis ne suffisaient pas à établir au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé avait personnellement joué un rôle dans la réalisation des crimes commis et, d'autre part, que le conflit armé avait pris place à partir du 22 avril[925]. Le syllogisme judiciaire est étonnant. Comme a pu le souligner un auteur, les juges auraient pu se contenter d'énoncer que les faits reprochés avaient été commis avant le début du conflit armé[926]. Cette circonstance aurait alors suffi à écarter la responsabilité pénale de l'accusé. Loin de focaliser leur analyse sur ce point, les juges s'employèrent au contraire à examiner les éléments de preuve fournis avec un soin[927] suggérant qu'ils auraient été disposés à admettre la constitution de l'infraction, pourvu que les indices factuels fournis eussent été relevants. On peut comprendre que les juges aient été enclins à contourner le critère d'intensité dans le cas d'espèce, les comportements allégués s'intégrant à la ligne de conduite suivie par l'ALK. Sans doute était-il difficile d'entendre que le seul fait qu'ils aient été commis quatre jours avant la date déclarée du début du conflit armé puisse faire obstacle à leur condamnation. Reste que l'entorse au critère d'intensité, aussi logique soit-elle, entame la cohérence du raisonnement judiciaire en ce qu'elle aurait pu conduire, dans cette affaire[928], à ce qu'il soit concédé qu'un acte avait bien été commis dans le

[923] TPIY, jugement *Haradinaj*, préc., n°100.
[924] TPIY, jugement *Haradinaj*, préc., n°171 et s.
[925] TPIY, jugement *Haradinaj*, préc., n°179.
[926] J. GRIGNON, *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Genève, Schulthess éd. Romandes, 2014, p. 185.
[927] Onze pages du jugement sont dédiées à cette analyse.
[928] Elle n'est cependant pas la seule qui puisse être citée. Comme le note J. GRIGNON, *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, *op. cit*., p. 183-183, le raisonnement des juges de l'affaire *Kordić et Čerkez* est empreint des mêmes ambiguïtés. La défense contestait le fait qu'un conflit armé avait existé à l'époque des faits, soit en janvier 1993 (TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°25). Après s'être penchée sur la situation, la chambre déclarera que : « *si un conflit armé généralisé et prolongé, opposant le HVO et l'ABiH en Bosnie centrale, ne s'est installé qu'à partir d'avril 1993, il existait auparavant des zones de conflit localisées dont on peut dire*

cadre d'un conflit armé et lui était associé – cette condition étant essentielle à sa qualification de crime de guerre –, alors même que ledit conflit était inexistant.

366. Déclassement de l'élément d'intensité au rang d'élément probatoire – Il apparaît ainsi, d'un point de vue théorique comme pratique, que l'élément d'intensité, institué en condition qualifiante du contexte de conflit armé au moyen d'une justification dépourvue de congruence, doit être déclassé. L'examen de sa délimitation négative a montré que c'est en réalité la relation d'adversité entretenue par les parties qui différencie le conflit armé non international des autres situations caractérisées par un usage de la violence armée[929]. C'est donc autour de ce paramètre décisif que doit être opérée la qualification du contexte infractionnel. Cela étant, il est certain que le caractère subjectif de cet élément clef en rend la démonstration épineuse ; et c'est sans doute pour contourner ce problème que la jurisprudence préfère raisonner sur l'intensité des hostilités, en partant du principe que la vivacité des combats, leur continuité, leur étendue temporelle ou géographique *et cetera*, permettra le plus souvent de s'assurer que la violence en cause n'est pas la manifestation d'une décharge d'hostilité anecdotique, mais qu'elle s'inscrit dans le cadre d'une véritable lutte ouverte ayant vocation à perdurer jusqu'à ce que l'un des groupes aux prises réussisse à asseoir sa suprématie sur l'autre. La critique que l'on peut toutefois adresser à cette construction jurisprudentielle est d'avoir cherché à compenser l'immatérialité de l'élément spécifiant du conflit armé par l'intégration d'une donnée objective servant sa démonstration. La condition d'intensité doit donc être ramenée à ce qu'elle est réellement : un élément de preuve du projet poursuivi par le recours à la force.

367. Conclusion : abandon nécessaire de la condition d'intensité. – En conclusion, la qualification du contexte de conflit armé interne doit être affranchie de l'évaluation de magnitude des affrontements matérialisant le rapport d'inimitié nourri par les groupes rivaux. Du reste, l'abandon de ce critère permettra d'aligner la définition du conflit armé interne sur celle du conflit armé international, pour plus de cohérence.

---

qu'elles étaient le théâtre d'un conflit armé » (*Idem*, n°31). La conclusion de la Chambre, sibylline, semble signifier que l'intensité du conflit ne pouvait être établie qu'à compter d'avril 1993, de sorte que l'élément contextuel devrait, en principe, être considéré comme étant constitué à partir de cette date. Or, tel n'est pas ce que retiendra la chambre, celle-ci semblant considérer que le conflit existait déjà auparavant, sous une forme morcelée. Si la conclusion est admissible de ce point de vue, la Chambre se gardera bien de se prononcer sur le degré d'intensité atteint par chacun de ces conflits isolés. La chambre d'appel, saisie de la question, déclarera néanmoins que « *les éléments de preuve appréciés par la Chambre de première instance établissent l'existence d'un conflit armé avant avril 1993* » (TPIY, arrêt *Kordić et Čerkez*, préc., n°341), ce à quoi elle ajoutera que « *l'exigence d'un conflit prolongé est essentielle pour pouvoir exclure les simples troubles civils et actes de terrorisme isolés. Même avant avril 1993, le conflit qui se déroulait en Bosnie centrale ne pouvait être rangé dans ces catégories. En tout cas, dès octobre 1992 ont éclaté de violents combats qui devaient se poursuivre un bon bout de temps. La conclusion de la Chambre de première instance est confirmée* » (*ibid.*). La remarque tend à affaiblir la valeur de la conclusion prononcée. L'appréciation du degré d'acuité des échauffourées est en effet minimale. En réalité, la position de la chambre paraît essentiellement motivée par le refus de reléguer les heurts en cause au rang de troubles internes afin d'éviter que les crimes commis en leur sein n'échappent à son office.

[929] V. *supra*, n°48 et s.

Le critère de massivité doit ainsi être rejeté, que l'on raisonne sur la qualification du crime d'agression ou de l'élément contextuel du crime de guerre et la même conclusion s'impose s'agissant des entreprises criminelles.

§2. Un élément qualifiant infondé des entreprises criminelles

368. Rejet du critère. – L'étude des éléments contextuels du crime contre l'humanité (A) et de génocide (B) montre que l'élément de massivité, qui se manifeste à travers l'exigence d'une pluralité de victimes, se révèle ici encore dépourvu de bien-fondé.

A. Un élément qualifiant infondé de l'entreprise criminelle contre l'humanité

369. La massivité de l'attaque comme prétendu élément spécifiant du crime contre l'humanité. – S'agissant du crime contre l'humanité, il a été vu que la condition de massivité est généralement présentée comme la résultante de la qualité particulière de la victime de l'infraction. La jurisprudence comme la doctrine retiennent en effet que seules les actions caractérisées par leur ampleur ou leur systématicité sont à même de satisfaire la condition essentielle voulant que l'entreprise soit dirigée contre une population civile[930]. Plus encore, ces caractéristiques sont largement reconnues comme les « *marques distinctives* »[931] du crime contre l'humanité, ce qui tend à signifier que la massivité de l'attaque constitue le support de la spécificité de l'infraction et donc l'élément permettant de circonscrire ce concept infractionnel aux seules attaques dirigées contre une entité collective. Cette proposition, qui est aujourd'hui tenue pour acquise, est pourtant sujette à caution.

370. Rejet de la proposition : absence de spécificité des attaques généralisées. – L'élément de massivité peut, d'un côté, trouver à s'exprimer dans le caractère généralisé de l'attaque, lequel suppose que les comportements infractionnels multiples constituant l'attaque soient réalisés sur une vaste échelle et, surtout, qu'ils aient généré une quantité importante de victimes[932]. Ainsi définie, la notion d'attaque généralisée est susceptible d'embrasser de nombreuses formes de criminalité collective, y compris dans leur expression la plus minimale

---

[930] Sur ce point, v. *supra*, n°341 et s.

[931] CDI, *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 46ème session*, 1994, vol. II(2), A/CN.4/SER.A/1994/Add.1 (Part 2), p. 42, n°14, déclaration reprise par les juges de la CPI dans la décision suivante : CPI, Jugement *Katanga*, préc., n° 1111. La doctrine reconnaît volontiers que cette condition constitue le marqueur de la spécificité de l'infraction : J. GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité », préc., p. 545 qui explique que ces crimes se distinguent notamment par « *leurs moyens spécialement amples, atroces et dangereux* » ; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit*., p. 1064, n°4.262 : « *le nombre massif des victimes est sans doute un des critères les plus spécifiques du crime contre l'humanité* » ; P. CURRAT, *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale, op. cit.*, p. 89 : « *Cette dimension particulière d'un crime commis à l'échelle d'une telle attaque détermine la spécificité du crime contre l'humanité* ».

[932] V. *supra*, n°342.

car la simple juxtaposition[933] de comportements peut en soi satisfaire le standard quantitatif requis. Il suffit, par exemple, que plusieurs personnes commettent simultanément des infractions contre plusieurs individus. Un auteur imagine à ce titre la situation d'une ville confrontée à une forme de criminalité intense qui causerait un grand nombre de victimes[934]. Comment établir que le comportement massif était dirigé contre une cible collective et non contre une pluralité de victimes individuelles ? La définition de l'attaque généralisée ne permet pas, en soi, de répondre à cette interrogation dans la mesure où elle ne requiert aucun lien d'action. Certes, l'adjonction de ces comportements délictueux multiples autorise le raisonnement suivant : puisque plusieurs personnes appartenant à un même groupe ont été atteintes, le groupe qu'elles composent s'en trouve lui-même atteint. Mais à victimes multiples ne correspond pas nécessairement l'idée de victime collective : le seul constat qu'un nombre important d'individus ait été lésé ne permet pas de présumer qu'une population ait été « ciblée ». En somme, ce standard quantitatif ne se veut donc aucunement le marqueur de la spécificité de l'infraction.

371. Rejet de la proposition : absence de spécificité des attaques systématiques. – La notion d'attaque systématique appelle le même constat. Constituée de la répétition régulière de comportements similaires[935], l'attaque systématique est caractérisée par le caractère sériel des comportements qui la composent. Pour la jurisprudence[936] comme pour la doctrine[937], ce *modus operandi* révèle nécessairement l'existence d'un plan d'action scellant l'unité du comportement collectif. L'idée peut cependant être relativisée tant l'identité de nature des comportements n'implique pas nécessairement leur unité[938]. En effet, la seule réitération de comportements criminels similaires ne semble pas suffisante pour établir qu'ils œuvraient à la réalisation d'un projet commun. Pour reprendre l'exemple développé ci-dessus, imaginons maintenant la situation d'une ville où sévirait une criminalité intense *et* qui se matérialiserait à travers la commission récurrente de crimes de même nature. Là encore, la massivité de l'attaque ne permet pas de distinguer les comportements criminels dirigés contre une pluralité de victimes individuelles, justiciables du droit commun, de ceux dirigés contre une victime collective, justiciables du droit des infractions internationales par nature. Par ailleurs, quand bien même l'élément de systématicité renfermerait effectivement l'existence d'un tel plan d'action, la conclusion resterait la même. Assurément, cette donnée permettrait alors de penser le

[933] Y. MAYAUD, « Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé », *RIDP* 1993, vol. 68, n°3/4, p. 794.
[934] K. AMBOS, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Pons, 2006, p. 200.
[935] Sur la définition de l'attaque systématique, v. *supra*, n°342
[936] V. not. : TPIY, jugement *Kunarac et consorts*, préc., n°429 ; TPIY, arrêt *Kordić et Čerkez*, préc. n°94 ; TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°580 ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1113 ; CPI, décision relative à la confirmation des charges rendues à l'encontre de *L. Gbagbo*, préc., n°223.
[937] P. CURRAT, *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale*, *op. cit*., p. 99 ; O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal*, *op. cit*., p. 135 ; K. AMBOS, *Temas de derecho penal internacional y europeo, op. cit*., p. 199.
[938] Y. JUROVICS, *Reflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit*., p. 283.

comportement collectif comme une action unitaire vouée à la réalisation d'un projet commun ; mais établir la réalité de ce projet est une chose, identifier son objet en est une autre. Or, à défaut de prise en considération de la finalité poursuivie par un tel système criminel – l'accent étant exclusivement mis sur la matérialité du comportement –, il ne peut être affirmé avec certitude que l'attaque visait effectivement une population civile. Elle pourrait en effet avoir atteint une population civile, sans que cette dernière n'en ait pour autant constitué la cible véritable. L'infraction de crime contre l'humanité est pourtant exclusive d'une telle hypothèse, l'entité collective devant avoir été la cible principale et non incidente de l'action entreprise pour que cette qualification puisse être envisagée. Ce standard qualitatif n'est donc pas plus spécifiant que le standard quantitatif.

372. Indifférence à la massivité de l'attaque pour la constitution du contexte du crime contre l'humanité. – Il apparaît ainsi que ni le caractère généralisé ni le caractère systématique d'une attaque ne sauraient s'analyser en traits saillants du crime contre l'humanité. Diverses formes de violations diffuses des droits de l'homme sont en effet susceptibles d'être menées de manière généralisée ou systématique[939], alors même que la notion d'infraction internationale par nature répond à une toute autre logique : l'atteinte portée à la collectivité humaine ne doit pas simplement consister un effet contingent de l'entreprise criminelle, mais bien en un objectif qu'elle cherche à accomplir. L'élément de massivité est donc insusceptible de fonder la distinction entre les attaques intéressant la qualification de crime contre l'humanité de celles relevant du droit commun[940]. Il est d'ailleurs notable que c'est justement pour pallier l'insuffisance de cette condition, érigée en critère de qualification exclusif du contexte de l'infraction devant les juridictions internationales *ad hoc*, qu'il fut décidé d'intégrer un élément politique à la définition de l'élément contextuel de l'infraction lors de l'élaboration du statut de Rome[941]. Contrairement à l'élément de massivité qui jusque-là

[939] W. SCHABAS, C. OLIVIER, « terrorisme : crime contre l'humanité ? » in SOS ATTENTATS, *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Calmann-Lévy, 2004, p. 380 : « *cette qualification littérale [généralisés et systématiques] peut s'appliquer aux actes de presque n'importe quel tueur en série* ».

[940] En ce sens : K. AMBOS, « Selected issues regarding the "core crime" in international criminal law », *International criminal law : Quo vadis* ?, Proceedings of the international conference held in Siracusa, Italy, 28 nov. – 3 déc. 2002, AIDP, Eres, Nouvelles études pénales, vol. 19, 2004, pp. 199-200. L'auteur cite dans le même sens : C. BASSIOUNI, *Crimes against humanity in international criminal law*, 2ème éd., 1999 p. 245 ; W. SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, 4ème éd., Cambridge University Press, 2011, p 112. Les mêmes remarques ressortent également du Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du conseil de sécurité de l'ONU, Doc. S/1994/674, 27 mai 1994, n°85.

[941] AGNU, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la 67ème session,* doc. off. n°A/70/10, suppl. n°10, 2015, p. 65, n°11. Seule la définition de l'attaque généralisée semblait néanmoins préoccuper les États, en ce qu'elle ouvrait la possibilité à ce que des *« vagues spontanées de crimes généralisés mais sans rapport entre eux constituent des crimes contre l'humanité* ». Selon eux, la condition de systématicité de l'attaque permettait en revanche d'établir l'existence d'un lien d'action entre les participants rendant ainsi possible la qualification de l'infraction. Partant de ce postulat, ils proposèrent, dans un premier temps de rendre conjonctive l'alternative posée, c'est-à-dire d'exiger que l'attaque présente un caractère généralisé et systématique pour que puisse être constituée l'infraction. A l'issue de la discussion, il fut finalement décidé de maintenir l'alternative en l'état mais d'intégrer un élément politique à la définition de l'élément contextuel. Désormais, il est donc exigé que l'attaque, qu'elle soit généralisée ou systématique, ait été commise « *en application ou dans la*

prévalait, cette condition valorise la finalité de l'attaque. Elle exige, précisément, que celle-ci ait été conduite dans le but d'atteindre une population civile identifiée[942] ; et c'est pour cette raison qu'elle se révèle fondamentale. Le projet poursuivi par le système criminel constitue en effet la clef de voûte de la qualification. Il renferme en lui le germe du résultat attaché au crime contre l'humanité, l'annihilation d'une population civile, qui fonde l'illicéité pénale internationale. Il est donc primordial que les actions perpétrées soient rapprochées de cette donnée essentielle ; c'est à cette seule condition qu'elles pourront être affectées d'une telle coloration pénale. La consécration de cet élément politique est donc bienvenue ; elle assure la circonscription du domaine de l'infraction aux seules actions dont le but consiste en l'atteinte d'un groupe, pour mieux exclure celles où ladite atteinte n'en serait qu'un résultat fortuit[943]. L'avancée reste toutefois mesurée, les rédacteurs ayant choisi de maintenir la condition de massivité de l'attaque au sein des éléments légaux de l'infraction. Trop bas lorsqu'il est exclusivement déterminé par ce critère, le seuil de qualification est excessif lorsqu'il suppose la réunion de ces deux éléments. Il requiert en effet que le projet criminel (élément politique) ait été mis en œuvre au moyen de la commission multiple de crimes envers les membres du groupe visé (élément de massivité). Cette dernière donnée doit rester indifférente. Que l'exécution du projet ait été particulièrement dévastatrice, qu'elle ait engendré un nombre incommensurable de victimes, tout acte y ayant contribué est déjà criminel. Tandis que l'élément politique est décisif puisqu'il permet de corréler le crime sous-jacent au résultat illicite, l'élément de massivité est quant à lui inutile au regard de la théorie de l'infraction[944]. Il est, de surcroît, inopportun, en ce sens qu'il suppose que le groupe ait passablement été atteint dans sa substance pour que le contexte puisse être constitué, ce qui empêche donc d'anticiper la protection du groupe pris pour cible dès le moment où la politique d'oppression commence à être mise en œuvre.

373. La massivité de l'attaque comme élément de fait. – Cela étant, il est vrai que la réalisation d'un tel projet suppose, de fait, que des atteintes soient portées aux individus membres du groupe stigmatisé par le système criminel. Aussi pourra-t-on généralement recenser de nombreuses victimes. Mais comme l'a très clairement expliqué un auteur, « *la*

---

poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque » pour que le contexte puisse être constitué en vertu de l'article 7 al. 2-a) du Statut de Rome.

[942] V. *supra*, n°129.

[943] En ce sens, v. not. A. CASSESE, *The rome statute of the international criminal court*, Oxford University Press, 2002., p. 356 ; K. AMBOS, « Selected issues regarding the "core crime" in international criminal law », préc., p. 243 ; D. BOYLE, « Génocide et crimes contre l'humanité : convergences et divergences », préc., p. 136 ou encore Y. JUROVICS, « Sur les catégories juridiques de crimes contre l'humanité et de génocide », *Peines de guerre, la justice pénale internationale et l'ex-Yougoslavie*, dir. I. Delpla et M. Bessone, Paris, EHESS, 2010, p. 58.

[944] Voir H. MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n°10 du conseil de contrôle allié*, Paris, LGDJ, 1960, n°146-147 pour une analyse en ce sens, fondée plus particulièrement sur la jurisprudence rendue par les juridictions alliées dans leurs zones d'occupation. Pour une étude plus contemporaine retenant la même conclusion, v. Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité, op. cit.,* p. 283 et s.

pluralité de victimes n'est pas plus exigée que la pluralité d'actes. Sans doute, le concept de crimes contre l'humanité a été suscité par un phénomène criminel historique dont l'une des caractéristiques principales a été la massivité : un grand nombre d'actes, un grand nombre d'agents, un grand nombre de victimes. La notion de crime contre l'humanité est née de cette triple pluralité. Mais celle-ci est une condition sociologique du phénomène des crimes contre l'humanité, non pas un élément constitutif de l'incrimination »[945]. On peut ainsi reprocher aux tribunaux d'avoir érigé cet élément de fait en condition juridique de l'infraction, alors qu'aucune considération technique ne le commandait.

374. La massivité de l'attaque comme élément de preuve du projet criminel. – Du reste, si cet élément de fait ne participe pas de la constitution du contexte du crime contre l'humanité, il peut être utile à sa caractérisation. Dans la majeure partie des situations, l'autorité instigatrice de l'attaque contre la population civile taira ses ambitions ; c'est assurément la raison pour laquelle la jurisprudence a pris le soin de préciser que « *l'existence d'un projet formel n'est pas, en tant que tel, requise par les textes* »[946]. Elle admet, à ce titre, que l'élément politique puisse être démontré à l'aide de divers facteurs, parmi lesquels figure la massivité de l'attaque et, particulièrement, son caractère systématique[947]. Les réserves formulées au préalable quant à l'absence de spécificité de l'élément de massivité doivent cependant être gardées à l'esprit : la présence d'indices en ce sens n'établit pas, de manière irréfragable, que les crimes poursuivaient l'application d'un projet criminel d'ensemble[948]. Il s'ensuit que la massivité de l'attaque ne saurait s'analyser ni une condition nécessaire, ni en une condition suffisante de la preuve de l'élément politique. La jurisprudence paraît d'ailleurs souscrire à cette analyse. D'une part, elle admet que d'autres éléments de preuve puissent être pris en compte à cette fin[949]. D'autre part, elle paraît bien considérer que la preuve de l'existence d'une politique ne peut être établie à la lumière d'un seul de ces éléments, mais qu'elle suppose de les conjuguer entre eux afin de l'établir avec certitude[950].

---

[945] H. MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n°10 du conseil de contrôle allié*, *op. cit*., n°186.
[946] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1108. V. également : CPI, décision de confirmation des charges portées à l'encontre de *L. Gbagbo*, préc., n°215 ; CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc, n°160.
[947] CPI, décision de confirmation des charges portées à l'encontre de *L. Gbagbo*, préc., n°215.
[948] En ce sens également : Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité, op. cit.,* p. 275.
[949] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1109 où la Cour relève que « *l'existence d'une politique d'un État ou d'une organisation pourra donc, dans la plupart des cas, être déduite, notamment, du constat de la répétition d'actes réalisés selon la même logique, de l'existence d'activités préparatoires ou encore de mobilisations collectives orchestrées et coordonnées par cet État ou cette organisation* ». D'autres éléments ont été relevés dans le jugement *Bemba Gombo*, préc., n°160. Il peut s'agir : « *i) du fait que l'attaque a été planifiée, dirigée ou organisée ; ii) d'un modèle récurrent de violences ; iii) du recours à des ressources publiques ou privées pour appliquer cette politique ; iv) de l'implication de l'État ou de forces organisées dans la commission des crimes ; v) de déclarations, d'instructions ou de documentation attribuable à l'État ou à l'organisation qui légitime ou encourage la commission des crimes ; et/ou vi) une motivation sous-jacente* ».
[950] Dans une décision récemment rendue à ce propos, la Cour énonce expressément que l'élément politique « *peut se déduire de plusieurs facteurs qui, ensemble, permettent d'établir leur existence* » (nous soulignons) : CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc, n°160. Bien que cette précision n'ait pas été formulée au préalable, il est possible de constater qu'en pratique la Cour inférait déjà l'existence de la politique d'un faisceau d'indices. Sur ce point,

375. La massivité de l'attaque comme élément de recevabilité de l'affaire. – Il faut enfin souligner que la massivité de l'attaque réalisée aura une influence sur la recevabilité de l'affaire devant la CPI. La gravité de la situation portée à la connaissance de la juridiction, qui en constitue l'un des critères déterminants[951], sera à n'en pas douter appréciée à la lumière du nombre de victimes atteintes soit, à celle de la massivité du comportement perpétré. En somme, même si un acte unique ayant causé peu de victimes peut être *qualifié* de crime contre l'humanité dans la mesure où il contribue à l'exécution d'une politique criminelle de cette espèce, il y a lieu de croire que l'infraction ne pourra être *justiciable* de la Cour pénale internationale qu'à partir du moment où une pluralité d'individus s'en seront trouvés lésés.

376. Conclusion : abandon nécessaire de la condition de massivité. – L'erreur des tribunaux a finalement consisté à durcir la destination massive du crime contre l'humanité dans un critère matériel se rapportant aux modalités d'exécution de l'entreprise. Cette donnée constitue en réalité un élément de définition de la *finalité* de l'entreprise, l'objet du projet poursuivi par le système criminel étant d'atteindre une entité collective soit, par essence, une pluralité d'individus. Et elle doit le rester : si la politique criminelle contre l'humanité *vise* un nombre élevé de victimes, le crime contre l'humanité ne doit pas *impliquer* un nombre élevé de victimes[952]. La même conclusion s'impose donc ici : la condition de massivité doit être abandonnée.

B. Un élément qualifiant infondé de l'entreprise génocidaire

377. Absence de lien entre la massivité de l'entreprise et sa capacité criminelle. – S'agissant, pour finir, du génocide, il a été vu que l'érection d'une nouvelle composante contextuelle par les éléments des crimes consistant en l'existence d'une « *série manifeste de comportements analogues dirigés contre ce groupe* » introduisait une exigence de massivité[953]. À la différence du crime contre l'humanité, la condition n'est toutefois pas ancrée dans la

---

voir : CPI, jugement *Katanga*, préc., n° 1142-1156 où la Cour retient que l'attaque a bien été commise en application d'une politique au constat de plusieurs éléments, tels que : les motivations des assaillants, l'existence d'actes préparatoires de l'attaque, le *modus operandi* suivi au cours de l'attaque ou encore le rapprochement de ce *modus operandi* avec celui employé au cours d'autres attaques s'étant déroulées antérieurement. De même, alors que la chambre préliminaire saisie de l'affaire Gbagbo a pu affirmer « *qu'en l'état de la jurisprudence de la Cour, une attaque planifiée, dirigée ou organisée — par opposition à des actes de violence spontanés ou isolés — satisfait au critère d'existence d'une politique* » (CPI, décision de confirmation des charges portées à l'encontre de *L. Gbagbo*, préc., n°215), suggérant ainsi que le caractère systématique de l'attaque est un élément de preuve suffisant de la politique criminelle, elle prendra par la suite le soin de caractériser d'autres éléments, en sus de cette circonstance, aux fins d'établir qu'il avait bien existé une politique ayant pour objet l'oppression des partisans d'Alassane Ouattara (*Ibid*., n°218 où la chambre a notamment pris en compte les discours prononcés par Laurent Gbagbo et les activités préparatoires au recours à la violence contre les opposants politiques).

[951] Art. 17 al. 1, d) du Statut de Rome.

[952] Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité, op. cit.,* p. 286. L'affirmation de l'auteur est cependant formulée à l'inverse puisqu'il déclare que « *si le crime contre l'humanité n'implique pas un nombre élevé de victimes, la politique criminelle contre l'humanité vise un nombre élevé de victimes* ».

[953] V. *supra*, n°297 et n°350

qualité particulière de la victime atteinte. Elle est vouée à asseoir la capacité criminelle de l'entreprise génocidaire. Or, ce critère s'est révélé, lors de son examen, impropre à assumer une telle fonction : la seule récurrence des comportements incriminés ne suffit en aucun cas à établir qu'ils étaient dotés du potentiel causal requis c'est-à-dire, plus concrètement, qu'ils étaient à même d'emporter la destruction du groupe protégé[954]. De ce point de vue, ce critère est donc dépourvu de raison d'être.

378. Absence de fondement dans la condition tenant à la réalité de la mise en péril du groupe protégé. – Rien ne justifie, par ailleurs, sa conservation. Comme cela a pu être expliqué lors de l'étude des autres infractions, le droit international pénal doit trouver à s'appliquer dès que la mise en péril du groupe est avérée, l'objet de sa protection étant alors effectivement exposé à un risque d'atteinte. Ce principe théorique a d'ailleurs été formellement rappelé par la jurisprudence, dans une déclaration directement liée à l'infraction de génocide, énoncée comme suit : « *le crime de génocide n'est pleinement constitué que lorsque le comportement en cause fait peser une menace réelle sur l'existence du groupe visé ou une partie de celui-ci* »[955]. Cette condition est incontestablement nécessaire à la qualification de l'infraction. Mais elle en est, par ailleurs, une condition suffisante : dès lors que cette circonstance est établie, elle doit pouvoir être retenue. Or la massivité du comportement génocidaire n'étaye pas la réalité de la mise en péril du groupe : le péril est déjà en phase de consommation puisqu'une partie du groupe, constituée par la pluralité des victimes lésées, a véritablement été détruite. Dans ces conditions, ce nouvel élément qualifiant du génocide consacré par les éléments de crimes n'apparaît pas nécessaire. Mais plus encore, ce critère a pour effet de retarder l'intervention du droit international pénal au moment où il pourra être constaté l'existence d'une série de crime analogue et, donc, d'une pluralité de victimes. Or, le génocide est une infraction formelle qui doit pouvoir s'appliquer dès que la mise en péril du groupe est réelle, sans attendre qu'elle se concrétise ; le critère de massivité tient en échec cette anticipation de la répression, en subordonnant la qualification à l'existence d'un certain nombre de victimes. C'est dire que le critère de massivité est non seulement inutile, mais de surcroît inopportun.

379. Conclusion : abandon nécessaire de la condition de massivité. – Dépourvu de raison d'être, ce critère doit être écarté des conditions légales de l'infraction de *lege ferenda*. Il faut revenir à la solution admise devant les TPI en vertu de laquelle il n'est pas nécessaire de recenser une multiplicité de victimes pour que la qualification puisse être envisagée : la commission d'un seul crime suffit pour peu qu'elle ait été réalisée au soutien d'un projet de

[954] V.*supra*, n°300.
[955] CPI, *Situation au Darfour, Soudan,* Affaire *Omar Al Bashir,* Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (ICC-02/05-01/09-3-tFRA), Ch. prélim. I, 4 mars 2009, n°124.

destruction réaliste. La massivité de l'entreprise génocide doit ainsi rester un élément de fait à vocation probatoire. La pluralité de victimes atteintes permettra en effet, à défaut de formalisation du projet génocidaire, d'établir que les exactions perpétrées étaient bien destinées à détruire une des collectivités humaines protégées.

380. Conclusion de la section 2. – Une conclusion unique s'impose ainsi à l'issue de cette étude de l'élément de massivité : il doit être abandonné. En effet, rien ne justifie, sur le plan théorique, que la qualification des infractions internationales dépende de l'importance des dommages matériels et humains causés en application du projet illicite. L'intervention du droit international pénal doit être enclenchée dès que le bien juridique qu'il se propose de préserver est effectivement compromis. Cela signifie, plus concrètement, que pour qu'une situation puisse en être justiciable, il est impératif que la menace pesant sur l'existence de l'entité collective soit réelle, et pas seulement hypothétique. Cela suppose que le projet l'ayant désignée comme cible ait trouvé une concrétisation dans un comportement d'exécution. Mais l'étendue des atteintes générées n'entretient aucun rapport logique avec cette idée : elle n'est pas une condition de la réalité de la mise en péril du groupe. Elle n'en est qu'un indice. Dans la mesure où les composantes du groupe protégé ont été atteintes dans une large dimension, le danger pesant sur son existence peut alors aisément être établi. Cette fonction probatoire est la seule devant être reconnue à l'élément de massivité, à peine de priver de son effectivité la protection instaurée par cette catégorie infractionnelle. En rendant tributaire la qualification de la caractérisation de cet élément, on retarde en effet son bénéfice au moment où le dommage, que l'on entend prévenir, est déjà en passe d'être réalisé.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

381. Prégnance de l'élément de massivité. – L'étude des éléments qualifiants des infractions internationales aura permis d'attester de la prégnance de la condition de massivité. D'abord, l'acte d'agression doit présenter une certaine ampleur et avoir généré d'importants dommages humains ou matériels pour se voir affecter une coloration pénale ; ensuite, le recours à la force armée, lorsqu'il intervient au plan interne, doit faire état d'une certaine intensité – laquelle est mesurée à l'aune de la vivacité des affrontements et, partant, de l'importance des atteintes occasionnées – pour qu'il puisse s'analyser en conflit armé ; enfin, il est essentiel que l'attaque lancée contre la population civile soit généralisée ou systématique aux fins de la qualification du crime contre l'humanité, ce qui suppose, quel que soit le caractère analysé, qu'une pluralité de victimes ait été lésée. Enfin, s'il est vrai que la définition classique du génocide ne fait aucune prescription en ce sens, la condition contextuelle novatrice consacrée par les éléments de crimes[956] renferme en elle une telle exigence. En réalité, seule la définition du contexte de conflit armé international déroge à ce constat, la dimension massive des hostilités en cause n'étant aucunement prise en compte. Or, si cet élément contextuel fait figure d'exception de *lege lata*, il apparaît toutefois que son modèle doit être transposé à l'ensemble des crimes internationaux de *lege ferenda.*

382. Éviction de l'élément de massivité des conditions contextuelles de l'infraction internationale par nature. – En effet, s'il est nécessaire de partir du droit positif pour ébaucher les fondements d'une systématisation de la notion d'infraction internationale par nature, il faut également savoir s'en affranchir quand les critères qu'il pose ne sont pas pertinents. Or, telle est justement la conclusion se dégageant de l'analyse substantielle de la condition de massivité. La seule exigence devant gouverner la qualification réside dans la réalité de la *mise en péril* du groupe. Or, l'importance des atteintes générées par les entreprises martiales ou criminelles considérées ne se rapporte pas à l'existence d'une telle menace, sinon à sa manifestation dans le monde tangible. C'est dire que la prise en compte de cet élément est superfétatoire. À partir du moment où le projet d'annihilation du groupe se concrétise dans un comportement d'exécution, aussi limités soient ses effets, l'objet de protection du droit international pénal est déjà menacé, de sorte que les incriminations doivent trouver à s'appliquer. Requérir la dimension massive de l'entreprise et des dommages qu'elle génère est inutile et plus encore malencontreux puisque cette condition proroge indûment l'application des incriminations : il va en effet falloir attendre qu'un certain nombre de victimes puisse être décompté, ce qui

[956] A savoir la condition disjonctive tenant à l'existence d'une série manifeste de comportements analogues dirigés contre le groupe. v. *Éléments des crimes*, art. 6, élément n° 4.

contredit la nature formelle des infractions internationales[957]. Au regard de ces considérations, il apparaît nécessaire d'évincer l'élément de massivité de leurs conditions contextuelles.

383. Prise en compte accessoire de la massivité du comportement d'exécution du projet. – Cela ne signifie pas, pour autant, que la massivité de l'entreprise d'annihilation du groupe n'ait aucun rôle à jouer sur le plan juridique. Elle intéresse, d'une part, la recevabilité de l'affaire devant la Cour pénale internationale qui est en effet conditionnée par le degré de gravité de la situation portée à son office[958]. L'importance des dommages humains et matériels causés constitue assurément un élément d'appréciation de ce critère. D'autre part, même si la massivité des attaques lancées contre le groupe ne doit pas s'analyser en un élément constitutif des infractions internationales par nature, elle n'en demeure pas moins un élément utile sur le terrain de la preuve. À n'en pas douter, l'envergure et la systématicité des atteintes réalisées attesteront du fait que la violence employée était bien dirigée contre une victime collective et non contre un ensemble d'individus que seul le jeu du hasard aurait réuni.

[957] V. *supra*, n°167.
[958] Art. 17 du statut de Rome.

CONCLUSION DU TITRE 2

384. Conditions de qualification de l'infraction internationale par nature *de lege lata*. – *De lege lata*, la qualification des infractions internationales suppose que la mise en œuvre du projet revête les caractères d'une entreprise à la fois collective et massive. Il est en effet requis, d'une part, que le projet d'atteinte au groupe ait été poursuivi par une organisation et d'autre part, que son exécution ait charrié d'importants dommages humains voire matériels.

385. Évaluation des conditions à l'aune du principe de nécessité des incriminations. – Ces deux conditions trouvent un écho certain dans la réalité sociologique des situations couvertes par le concept d'infraction internationale par nature. Qu'il soit question d'entreprises martiales ou criminelles, les expériences d'inhumanité ayant jalonné le vingtième siècle expliquent que l'on se figure « *non seulement la destruction de masse d'individus mais aussi la massification du crime, c'est-à-dire l'implication collective de nombre de participants, actif ou passifs, dans la perpétration du crime* »[959]. Telles sont en effet les malheureuses caractéristiques des situations à partir desquelles a été forgée la notion d'infraction internationale par nature. Néanmoins, cette représentation empirique des faits sociaux contemplés ne suffit pas à asseoir le bien-fondé de la norme destinée à les réglementer. Elle en constitue « *le donné social* ». Mais « *pour pénétrer dans le droit les faits ont besoin d'être conceptualisés, c'est-à-dire soumis à un traitement intellectuel particulier qui en dégage la signification juridique pour y attacher des effets déterminés* »[960]. La définition de toute règle de droit repose ainsi sur un nécessaire processus d'extraction : *du fait* est issue *la règle* allant s'imposer aux hommes. Ce processus de construction normatif induit que les données sociale et juridique ne sont pas forcément équivalentes. L'on ne saurait, par conséquent, se contenter de louer la retranscription fidèle de la réalité sociologique des crimes internationaux dans la définition juridique des infractions. Encore fallait-il déterminer s'il était bien légitime que le « *donné* » se retrouve dans le « *construit* ». Cela invitait alors à éprouver les deux conditions identifiées à l'aune du principe du principe de nécessité des incriminations, dont la logique peut être résumée de la manière suivante : seule la préservation impérieuse d'un intérêt essentiel à la conservation de l'ordre social peut justifier la restriction des libertés individuelles fondamentales qu'emporte l'érection d'une incrimination ; l'incrimination d'un comportement ne peut donc être justifiée que s'il est effectivement attentatoire à cet intérêt social – ici l'existence d'une entité collective – que l'on entend préserver.

---

[959] O. BEAUVALLET (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, Berger Levrault, 2017. – « crime de masse »
[960] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, n°141

386. Approbation de la condition requérant que le projet ait été mis en œuvre par une organisation. – L'analyse de la première condition, à savoir celle requérant que la mise en œuvre du projet ait été le fait d'un collectif organisé, a révélé son bien-fondé. Vu l'interprétation qu'en opère la jurisprudence, les caractéristiques intrinsèques du groupement (structure hiérarchique, discipline, autorité exercée) importent peu : le critère déterminant de la qualification réside dans sa capacité à accomplir le projet d'annihilation du groupe ciblé. Cette condition est en définitive le support d'un élément de causalité essentiel, sur lequel est appuyée la nécessité de l'incrimination : seules les entreprises de nature à compromettre la survie du groupe protégé vont pouvoir recevoir cette qualification.

387. Rejet de la condition tenant à la massivité des atteintes réalisées dans le cadre de la mise en œuvre du projet. – L'étude de la seconde condition a en revanche mené à la conclusion inverse. Il en est ressorti que la massivité de l'entreprise, qui s'entend de l'importance des atteintes concrètement souffertes par le groupe protégé, ne devrait pas conditionner la qualification des infractions internationales par nature. Cette condition ne trouve en effet aucune assise dans les exigences du principe de nécessité des incriminations. À cet égard, le seul élément à prendre en considération tient à la réalité de la mise en péril de l'entité protégée. Or, la massivité de l'entreprise n'entretient aucun rapport logique avec cette idée. Dès lors qu'un projet réaliste – car conduit par un collectif capable de l'accomplir – a été mis à exécution, la menace pour le groupe ciblé n'est plus hypothétique : elle est concrète et commande, par conséquent, que la protection offerte par l'incrimination puisse produire ses effets. Ainsi, il devrait suffire de constater la mise en œuvre de l'entreprise, sans requérir qu'elle ait engendré d'importants dommages. L'intégration de cette condition est inutile mais elle entame, surtout, l'efficacité de la réponse pénale aux crimes internationaux puisqu'elle oblige à attendre que le processus de soumission ou d'oppression ait porté ses fruits pour que la répression puisse être enclenchée. Certes, l'élément de massivité ne va pas jusqu'à impliquer que le projet d'ensemble ait été pleinement accompli. Pour autant, cette condition suppose que l'entreprise ait produit des effets dommageables importants, ce qui est regrettable : le droit international pénal devrait pouvoir intervenir dès que la survie du groupe est effectivement menacée, sans considération pour l'étendue des atteintes souffertes par la collectivité ciblée.

388. Conditions de qualification de l'infraction internationale par nature *de lege ferenda*. – Il en découle la conclusion suivante : l'élément de massivité doit être évincé des conditions de qualification de l'infraction internationale par nature *de lege ferenda*. Seule la condition se rapportant aux acteurs de la mise en œuvre du projet, à savoir un collectif organisé, doit être maintenue puisqu'elle est gage de la réalité de la menace pesant sur l'existence du groupe protégé.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

389. L'étude comparée des éléments contextuels des infractions internationales révèle les contours de cette catégorie juridique. Il en ressort que tous les crimes considérés ont en commun de s'intégrer à la réalisation d'une *entreprise d'ensemble*. Si à chaque qualification correspond une entreprise particulière, plusieurs traits constants ont pu être identifiés.

390. La première caractéristique des entreprises contextuelles tient au but qu'elles poursuivent. Quelle que soit la situation considérée, l'emploi de la violence tend à annihiler l'existence d'une entité collective identifiée au préalable. Cette condition finaliste est fondamentale : elle constitue à la fois le critère explicatif et distinctif de la notion d'infraction internationale par nature. Son étude aura permis, d'une part, de discerner le fondement de l'illicéité pénale internationale et, partant, la raison pour laquelle ces infractions sont affectées d'une gravité suprême : elles compromettent l'existence d'une collectivité entière. D'autre part, cette condition de projet rend compte de la spécificité des crimes considérés et permet, en cela, de tracer une ligne de démarcation entre les infractions internationales par nature et les autres phénomènes de criminalité massive. Il apparaît, en effet, que cette notion se distingue des situations de violences diffuses desquelles *pourrait* résulter l'atteinte à un ensemble d'individus, et donc de la collectivité qu'ils composent. Elle couvre, au contraire, des entreprises *délibérées* dont l'objectif affiché est d'anéantir une entité collective, parce qu'elle incarne un ennemi désigné. C'est dire que l'atteinte du groupe n'est jamais un résultat fortuit ; elle est, au contraire, un résultat recherché. L'étude de cette première condition qualifiante atteste ainsi de l'unité de cette catégorie infractionnelle, en ce que tous les crimes qui la composent répondent au besoin social impérieux de préserver les groupes qui viendraient à être ciblés par de telles entreprises de destruction.

391. Mais l'infraction internationale par nature n'est pas seulement lésionnaire d'une victime collective. Cette qualité particulière du sujet de l'entreprise d'annihilation se retrouve, comme par l'effet d'un jeu de miroir, chez ses acteurs. L'examen de l'élément qualifiant des infractions internationales aura en effet révélé, dans un second temps, que le projet recelant l'atteinte illicite doit être poursuivi par *une organisation* pour que la situation soit justiciable du droit international pénal. À l'analyse, il est apparu que cette condition est moins exigeante qu'il n'y paraît. Peu importe en effet que la structuration du collectif ait atteint un certain degré de consolidation. Peu importe également qu'il ait réussi à asseoir son autorité sur le territoire où il sévit. En réalité, un seul critère se montre déterminant : la capacité à accomplir le projet d'atteinte au groupe. Cet élément de capacité sous-tendu par la condition d'organisation est en effet indispensable, en ce qu'il fonde la réalité de la mise en péril de l'objet de protection des

incriminations dans laquelle est ancrée la nécessité de la norme pénale. Sa prise en compte est par conséquent cruciale. La définition du génocide, qui fait entorse à cette exigence, doit à ce titre être revue pour mieux être alignée sur celle des autres infractions internationales par nature.

392. Une troisième exigence conditionne, pour finir, la constitution de l'élément contextuel des infractions internationales. Elle est relative, cette fois, aux modalités matérielles de mise en œuvre du projet illicite : il faut qu'elle se matérialise dans la commission d'atteintes massives à l'encontre de la collectivité protégée. Bien que cet élément bénéficie d'une large assise en droit positif, son analyse aura démontré que son érection au rang de critère qualifiant est infondée. S'il est impératif que la résolution typique de la notion d'infraction internationale se soit extériorisée dans un comportement d'exécution, l'importance des dommages causés doit rester indifférente : tout acte commis en application d'un projet d'annihilation réaliste d'une des collectivités protégées est déjà illicite car il concrétise la mise en danger que condamne cette catégorie infractionnelle. Aussi ce dernier critère doit-il être écarté, pour l'avenir, des conditions de qualification de l'infraction internationale.

393. Toute entreprise de systématisation d'une notion commande d'en déterminer les éléments essentiels afin de dégager un modèle de référence abstrait. Ainsi convient-il d'achever cette étude du contexte infractionnel en en proposant une définition générique. Au regard des différentes conclusions formulées, celle-ci peut être formulée de la façon suivante : le contexte des infractions internationales par nature consiste dans *une entreprise d'ensemble visant à annihiler l'existence d'une entité collective.*

Toujours est-il que cette définition n'épuise pas la conceptualisation de la notion. En effet, la caractérisation du contexte ne suffit jamais à consommer les infractions internationales par nature. Pour cela, ce premier élément doit être associé à un comportement individuel, dont il convient maintenant de préciser les contours.

PARTIE 2. L'ELEMENT INDIVIDUEL DE L'INFRACTION INTERNATIONALE

394. L'incrimination d'un fait individuel. – Au titre de son élément contextuel, l'infraction internationale requiert d'établir l'existence d'une entreprise collective visant à annihiler l'existence d'un groupe déterminé. Mais aussi essentielle soit-elle, cette première condition ne suffit pas à consommer l'infraction internationale. Il faut en outre caractériser un second élément dit « sous-jacent » eu égard à sa localisation subsidiaire au sein des textes d'incrimination[961]. Celui-ci correspond à un fait humain spécifique : l'homicide intentionnel, la torture ou encore le viol en sont quelques exemples choisis. Cette seconde composante montre que la notion d'infraction internationale par nature ne saisit pas simplement une situation de criminalité collective : la fonction de consommation du fait sous-jacent indique en effet qu'elle sanctionne, fondamentalement, un comportement individuel.

395. L'incrimination d'un fait sous-jacent s'intégrant à l'entreprise d'ensemble. – Il reste alors à identifier ce comportement qui en est constitutif. Or, pas plus que la notion n'est réductible à son contexte, elle ne peut être ramenée aux actes décrits par les textes d'incrimination sous-jacents. En effet, ces actes, considérés isolément, ne sont pas justiciables du droit international pénal : c'est par leur rattachement au contexte qu'ils acquièrent cette valeur juridique. Les deux composantes de l'infraction internationale, le contexte et le fait sous-jacent, forment ainsi les deux parties d'un tout et il faut les considérer à l'aune de leurs interactions mutuelles pour pouvoir cerner pleinement l'essence du comportement appréhendé par cette catégorie infractionnelle. C'est dire que la clef de compréhension de la notion d'infraction internationale réside dans la relation qu'entretient le fait sous-jacent avec la situation contextuelle, soit l'entreprise d'ensemble.

Les incriminations ne spécifient pas toujours la teneur du lien requis. Seul le texte du génocide fournit des indications à cet égard lorsqu'il énonce que le crime sous-jacent doit avoir été commis « *dans l'intention de détruire, en tout ou partie* »[962] le groupe pris pour cible. Ce lien finaliste mis en exergue montre, très clairement, que l'action individuelle doit servir la réalisation du projet criminel d'ensemble. Les autres crimes internationaux sont également soumis à une telle exigence, bien que celle-ci ne ressorte pas clairement des textes. Il faut en réalité se tourner vers la jurisprudence pour pouvoir le constater.

S'agissant du crime contre l'humanité, il est acquis que « *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*

[961] Le crime d'agression fait toutefois exception à la règle puisque la définition du comportement individuel (al. 1 de l'article 8 *bis* du Statut de Rome) précède la définition de l'élément contextuel (al. 2 de l'article 8 *bis* du Statut de Rome).
[962] Art. 6 du Statut de Rome.

généralisée ou systématique, la Cour doit se demander, en tenant compte de la nature de l'acte en question, des buts qu'il poursuit et des conséquences qu'il génère, s'il fait partie de l'attaque généralisée ou systématique, considérée de manière globale et dans ses différents éléments (…) »[963]. Ainsi, il ne fait aucun doute que l'existence d'un rapport substantiel entre le fait sous-jacent et l'entreprise d'ensemble doit être caractérisé.

Pour ce qui concerne ensuite le crime d'agression, la jurisprudence de Nuremberg est allée jusqu'à exiger que la contribution individuelle ait joué un rôle *important* dans la réalisation de l'entreprise d'agression aux fins de la qualification de crime contre la paix[964], ce qui témoigne là encore de la nécessité d'établir la consubstantialité des actions individuelle et collective.

Il faut en revanche reconnaître que cette condition est moins évidente pour ce qui concerne le crime de guerre, même si les éléments des crimes subordonnent la qualification de l'infraction à l'existence d'un rapport *d'association* entre le fait sous-jacent et le contexte[965]. Cela tient essentiellement à une déclaration maladroite du TPIY selon laquelle « *en dernière analyse, les crimes de guerre se distinguent des infractions de pur droit interne en ce qu'ils sont déterminés par le contexte dans lequel ils sont commis — le conflit armé —, ou en dépendent. (...) il faut, à tout le moins, que l'existence du conflit armé ait 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. Partant, s'il peut être établi, comme en l'espèce, que l'auteur du crime a agi dans l'optique de servir un conflit armé ou sous le couvert de celui-ci, cela suffit pour conclure que ses actes étaient étroitement liés au dit conflit* »[966]. Ces observations peuvent prêter à croire que tout crime commis à la faveur du conflit – et donc potentiellement de purs crimes d'opportunité – relève de la notion de crime de guerre.

---

[963] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1124 ; CPI, jugement *Bemba*, préc., n°165 ; CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°696. V. aussi : TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°326. Pour une application aux faits, v. not. le syllogisme opéré par les juges dans l'affaire *Katanga*. Dans un premier temps, la chambre identifia le projet porté par la politique en application de laquelle l'attaque avait été réalisée : effacer de la localité de Bogoro la population civile majoritairement Hema (CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1142). Dans un second temps, et aux fins de caractériser l'existence d'un lien entre les actes reprochés à l'accusé et cette attaque, elle s'appliqua à établir que les crimes en cause avaient constitué un moyen de réalisation de cet objectif (*Ibid*., n°1164), avant de mieux en conclure qu'ils faisaient, par conséquent, partie intégrante de l'attaque lancée contre la population civile de Bogoro (*Ibid*., n°1167). Enfin, pour de la doctrine appuyant la nécessité d'établir un lien substantiel entre le crime sous-jacent et l'entreprise d'ensemble, v. not. : Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit*., p. 284 ; W. SAINT-MICHEL, « Le lien entre les actes incriminés en tant que crime contre l'humanité et l'attaque généralisée ou systématique : qui trop embrasse peut mal étreindre », J.-P. MASSIAS, X. PHILIPPE et P. PLAS (Dir.) *Annuaire de justice pénale internationale et transitionnelle*, Institut Universitaire Varenne, Coll. transition et Justice, 2014 ou encore S. CHESTERMAN, « An altogether different order : defining the elements of crimes against humanity », *Duke journal of comparative & international law*, vol. 10, 2000, p. 317 et s.

[964] Seuls les individus ayant joué un rôle important dans la mise en œuvre de l'entreprise d'agression armée ont été déclarés responsables pénalement de ce chef d'accusation. V. par exemple la déclaration de culpabilité prononcées par le tribunal à l'encontre de Donitz dans laquelle il est fortement insisté sur l'intensité de sa participation à la guerre d'agression pour fonder sa condamnation : *Procès des grands criminels de guerre*, *op. cit*., p. 332. A l'inverse, pour un refus de qualifier la conduite de l'accusé à raison de l'insuffisance du rôle joué dans la mise en oeuvre de l'entreprise d'agression, voir par exemple le cas de l'accusé Sauckel (*Ibid*., p. 343).

[965] *Eléments des crimes*, art. 8 : « *Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé international* ».

[966] TPIY, arrêt *Kunarac et consorts*, préc., n°58

Ce n'est pourtant pas ce qu'entendaient établir les juges de cette affaire. D'abord, il faut noter que les dernières remarques revêtent les caractères de constatations de fait, ce qui induit que la relation d'opportunité marquée par l'expression *sous le couvert* ne s'entend pas d'un critère juridique. Ensuite, il ressort des faits de l'espèce que cette question ne suscitait en réalité aucun débat, les crimes commis ayant manifestement entretenu un rapport symbiotique avec le conflit armé en cause[967]. En réalité, il semble plutôt que cette remarque ait eu vocation à éclairer la dimension intentionnelle de la relation au contexte vu la référence appuyée au but poursuivi[968]. Il faut donc se garder d'extrapoler cette décision du TPIY et retenir que seuls les crimes commis dans la poursuite de la réalisation de l'entreprise martiale peuvent être constitutifs d'un crime de guerre. Certaines décisions postérieures l'ont d'ailleurs clairement exposé : « *si un non-combattant profite du relâchement de l'efficacité policière dans une situation de troubles engendrés par un conflit armé afin de tuer un voisin qu'il haïssait depuis des années, cela ne constitue pas, en tant que tel, un crime de guerre* »[969]. Cette remarque peut être généralisée : pour peu que l'action individuelle soit divisible de l'action collective, elle est insusceptible de constituer une infraction internationale.

396. L'incrimination d'un fait de participation à l'entreprise d'ensemble. – Cette définition de la relation au contexte implique que seuls les actes *faisant partie intégrante* de l'entreprise d'ensemble sont fondés à recevoir une qualification internationale. Pour paraphraser la jurisprudence, c'est lorsque qu'elle vient « *s'insérer dans la réalisation d'un dessein ultérieur* », à savoir le projet d'ensemble, que « *la perpétration de l'acte incriminé dépasse alors sa simple réalisation matérielle, par exemple meurtre d'un individu particulier* »[970] pour devenir un crime international. Au plan technique, cette logique découle directement du principe voulant qu'un comportement ne devienne porteur d'illicéité pénale que

---

[967] Dans cette affaire *Kunarac et consorts*, l'existence d'un lien entre les crimes sous-jacents et le conflit armé était en réalité doublement étayée : « *non seulement les nombreux crimes sous-jacents ont été rendus possibles par le conflit armé mais, plus encore, ils en faisaient sans aucun doute partie* » (v. TPIY, jugement *Kunarac et consorts*, préc., n°568). Plusieurs éléments le corroboraient effectivement, et notamment le fait que les trois soldats accusés combattaient pour le compte de la partie Serbe et « *participaient directement à l'exécution de tâches militaires* » (*Ibid*., n°569). Il ne faisait donc aucun doute que les civils musulmans avaient été tués, violés ou maltraités « *en conséquence directe du conflit armé* » (*Ibid*., n°568).

[968] Aussi, cette jurisprudence sera particulièrement étudiée *infra* n°820, lors de l'étude de cet élément infractionnel.

[969] TPIR, arrêt *Rutaganda*, préc., n°570. Mais il est toutefois d'autres décisions, isolées, reconnaissant une solution contraire, c'est-à-dire la possibilité d'appliquer la qualification de crime de guerre quand le contexte de conflit armé a simplement servi de prétexte à la commission des infractions en cause. v. not. : TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°424 et n°516-521 pour l'application aux faits. Cette solution a été ouvertement critiquée par l'un des juges en charge de l'affaire, Yakov Ostrovsky. V. son opinion individuelle concernant les violations graves de l'article 3 commun aux conventions de Genève et du Protocole additionnel II, spécif. n°29 et n°32, jointe à la décision suivante : TPIR, jugement *Semanza*, préc. Plusieurs auteurs défendent également une interprétation stricte de la relation au contexte rejoignant notre analyse : A. CASSESE, P. GAETA (Dir.), *Cassese's international criminal law*, *op. cit.*, p. 79 ; A. CASSESE, « The nexus requirement for war crimes », *JICJ*, vol. 10, 2012, p. 1413-1414 ; En ce sens : H. VAN DER WILT, « War crimes and the requirement of a nexus with an armed conflict », *JICJ*, vol. 10, 2012, p. 1125 ou encore A. SCHWARTZ, « war crimes », *Max Planck encyclopedia of public international law*, 2014, n°25.

[970] TPIR, jugement *Musema*, préc., n°165. V. aussi : TPIY, jugement *Jelisić*, préc., n°79.

s'il a joué un rôle dans la production du mal que l'incrimination sanctionne[971]. En effet, requérir que le fait sous-jacent s'intègre à l'entreprise d'ensemble revient à exiger, en creux, qu'il ait pris part au processus dommageable propre à la notion d'infraction internationale, à savoir la mise en péril d'une entité collective. Cela permet alors d'établir, dans une perspective plus théorique, que c'est toujours pour ce qu'il contribue à la mise en œuvre du projet d'ensemble que le fait sous-jacent devient constitutif d'une infraction internationale. En somme, il apparaît ainsi que par-delà les caractères propres aux comportements sous-jacents décrits par les textes d'incrimination, l'infraction internationale par nature sanctionne, par essence, un fait de participation à l'entreprise d'ensemble.

397. La délimitation des faits de participations punissables. – La rationalité de la notion d'infraction internationale cernée, il reste alors à identifier les contours de cette catégorie juridique soit, en d'autres termes, à délimiter le cercle des participations à l'entreprise d'ensemble soumises à la répression pénale internationale.

Cette recherche est nécessairement inductive. Elle suppose de partir des cas particuliers pour remonter au général : il faut confronter les différentes espèces de comportements consommant l'infraction internationale, afin d'induire leurs traits communs. Apparaîtront, alors, les éléments constitutifs constants des faits de participation sanctionnés par la notion.

Comme il en va traditionnellement en matière d'infraction, ces comportements se caractérisent par deux éléments : un élément objectif, d'abord, qui renvoie à la forme extérieure du fait répréhensible, et un élément subjectif, ensuite, qui correspond à l'intention coupable animant sa commission. La délimitation du cercle des participations à l'entreprise d'ensemble constitutives de l'infraction internationale suivra cette distinction classique : il sera ainsi analysé, dans un premier temps, leur dimension objective (**Titre 1**) et, dans un second temps, leur dimension subjective (**Titre 2**).

[971] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, *op. cit.*, n°523.

TITRE 1. UN FAIT DE PARTICIPATION OBJECTIF A L'ENTREPRISE D'ENSEMBLE

398. Identification des participations incriminées. – Toutes les infractions internationales par nature sont définies par référence à une série de comportements dont le nombre et la nature varient selon les qualifications envisagées. Ces conduites, dites sous-jacentes, correspondent aux différentes manifestations extérieures du fait de participation incriminé ; elles sont ce que l'on peut appeler le « corps du délit ». En cela, ces faits sous-jacents assument une fonction essentielle au sein de la notion d'infraction internationale par nature : ils permettent d'identifier les participations à l'entreprise d'ensemble soumises à la répression pénale.

399. Typologie des faits de participations incriminées. – De la systématisation des divers sous-jacents incriminés, il ressort un double constat : d'une part, chaque infraction internationale ne sanctionne pas n'importe quel type de participation à l'entreprise d'ensemble ; d'autre part, toutes les infractions internationales ne sanctionnent pas le même type de participation à l'entreprise d'ensemble.

Si l'on prend, d'un côté, le crime de guerre, le crime contre l'humanité et le génocide, les faits sous-jacents qui les constituent caractérisent, tous, des comportements concrétisant le projet d'ensemble. Ainsi, il apparaît ainsi que ces trois crimes ont en commun de sanctionner *un acte d'exécution* de l'entreprise d'ensemble. D'un autre côté, la définition du crime d'agression fait référence à des faits consistant à diriger ou, à tout le moins, administrer l'accomplissement du projet poursuivi. Cette infraction se distingue donc des autres en ce qu'elle n'est pas vouée à réprimer un acte d'exécution, mais un *acte d'organisation* de l'entreprise d'ensemble.

400. Réception contrastée des différents types de participations à l'entreprise d'ensemble. – Cette présentation liminaire amène à un constat en demi-teinte. Certes, elle montre que l'infraction internationale bénéficie d'un large domaine répressif puisqu'elle couvre à la fois des comportements d'organisation et d'exécution de l'entreprise d'annihilation du groupe protégé. Mais il en ressort également que le droit international pénal sanctionne principalement cette seconde classe de participation. Or, ce n'est là qu'un premier aperçu de l'asymétrie de la réponse pénale internationale apportée à la criminalité de masse. L'analyse des infractions révèle, en effet, que le champ des actes d'exécution punissables est bien plus étendu que celui des actes d'organisation. Pour rendre compte de ce traitement contrasté, il convient d'analyser successivement ces deux types de faits de participation incriminés afin de délimiter précisément leurs contours respectifs, en se penchant d'abord sur celle qui est la plus

largement appréhendée, soit la catégorie des actes d'exécution (**Chapitre 1**), ce qui permettra, ensuite, de mieux mettre en lumière la faiblesse de l'arsenal répressif déployé relativement aux actes d'organisation (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Un acte d'exécution de l'entreprise d'ensemble

401. Délimitation des actes d'exécution incriminés. – Si les incriminations sous-jacentes du crime de guerre, du crime contre l'humanité et du crime de génocide montrent que ces trois infractions sanctionnent, par essence, un acte d'exécution de l'entreprise d'ensemble, leur étude révèle par ailleurs que cette catégorie de faits de participation est largement appréhendée par le droit international pénal. De par leur diversité, les comportements listés permettent en effet de saisir une vaste gamme de contributions à la réalisation des entreprises martiales et criminelles. Surtout, les critères de définition des faits sous-jacents sont très souplement délimités ce qui accroît considérablement le champ d'application des infractions internationales considérées. Ces critères peuvent être classés en deux catégories, selon qu'ils se rapportent au contenu substantiel ou aux sujets des comportements incriminés. Leur analyse permettra de préciser les contours des champs d'application respectifs du crime de guerre, du crime contre l'humanité et du génocide et, *in fine*, de circonscrire le cercle des actes d'exécution sanctionnés par la notion d'infraction internationale. Suivant la distinction effectuée, seront dans un premier temps identifiés les éléments substantiels des actes d'exécution répréhensibles (**Section 1**) puis, dans un second temps, leurs éléments personnels (**Section 2**).

Section 1. Les éléments substantiels des actes d'exécution incriminés

402. Double critère. – La comparaison des incriminations sous-jacentes du crime de guerre, du crime contre l'humanité et du génocide fait ressortir deux conditions substantielles à partir desquelles il peut être procédé à l'identification des actes d'exécution des entreprises martiales et criminelles sanctionnés par la notion d'infraction internationales. La première condition se rapporte à l'injustice du comportement d'exécution (§1) ; la seconde, à sa matérialité (§2).

§1. L'injustice de l'acte d'exécution

403. Injustice par réalisation ou par nature. – La notion d'injustice a déjà été évoquée lors de l'étude de l'élément contextuel de l'infraction internationale par nature[972]. Véhiculant une conception axiologique de l'illicéité pénale fondée dans l'atteinte d'un intérêt pénalement protégé, son application à la systématisation des situations contextuelles a fait ressortir une distinction essentielle entre les entreprises martiales et criminelles : tandis que les premières sont injustes *par réalisation*, les secondes sont injustes *par nature*[973]. Or, cette dichotomie se

[972] Pour la présentation de cette notion et ses figures, v. *supra*, n°144-145 et n°170-171.
[973] V. *supra*, n°188.

répercute sur le processus de criminalisation des actes d'exécution. Dire que les entreprises martiales sont injustes par réalisation induit en effet que la licéité de l'emploi de la force est appréciée au plan des comportements conduisant l'entreprise. Il s'ensuit que tout acte d'exécution du conflit armé n'est pas nécessairement illicite : seuls ceux qui présentent un caractère injuste sont porteurs d'une telle coloration et sont, partant, érigés en crime de guerre (A). Il en va en revanche différemment s'agissant des entreprises criminelles. Celles-ci étant injustes par nature, tous les comportements concrétisant leur exécution revêtent, par implication, un tel caractère et sont donc indistinctement constitutifs d'une infraction internationale (B).

A. Le caractère injuste du crime de guerre

404. L'absence de nécessité militaire de l'acte d'exécution comme critère du crime de guerre. – Dans le cadre d'une entreprise martiale, la perpétration de certaines atteintes envers l'adversaire peut être légitime si tant est qu'elle réponde à un strict impératif de conservation des belligérants[974]. Toute participation à un conflit armé n'est donc pas illicite ; elle le devient quand la soumission de l'adversaire ne procède pas de cette raison supérieure. Cette pesée des intérêts en présence cristallise l'appréciation de l'injustice du comportement d'exécution de l'entreprise martiale. Transcrite par le critère d'absence de nécessité militaire, elle constitue le fondement explicatif de l'incrimination des crimes de guerre (1) et, par là même, le critère présidant à la détermination de ces infractions (2).

1- L'absence de nécessité militaire au fondement de l'incrimination du crime de guerre

405. La nécessité militaire, principe directeur du droit dans la guerre. – La démarcation des conduites licites et illicites dans le cadre de la guerre est communément présentée comme le produit d'un compromis entre deux intérêts antagonistes que sont, d'un côté, ceux des belligérants menant leur entreprise martiale et ceux, d'un autre côté, de l'humanité[975]. Cet aphorisme résume effectivement les enjeux de la modération du recours à la force armée. Toutefois, il ne permet pas d'en saisir le critère opératoire. Pour cela, il faut remonter aux premières conventions modératrices du recours à la violence armée et à cet égard, le préambule de la déclaration de Saint-Pétersbourg du 11 décembre 1868 est particulièrement éclairant. Voici ce qu'il énonce : « *Considérant que les progrès de la civilisation doivent avoir*

[974] V. *supra*, n°182.
[975] E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire, Histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire*, préf. G. Distefano et R. Kolb, Thèse, Paris, Pedone, 2000, p. 104 : comme le relève l'auteur, cette présentation de la logique imprégnant le droit des conflits armés est devenue un lieu commun en doctrine. Il recense, au renfort de cette affirmation, une longue liste d'indications bibliographiques qu'il est possible de retrouver à la note de bas de page n°363.

pour effet d'atténuer autant que possible les calamités de la guerre ; Que le seul but légitime que les États doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi ; Qu'à cet effet, il suffit de mettre hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible ; Que ce but serait dépassé par l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou voudraient leur mort inévitable ; Que l'emploi de pareilles armes serait, dès lors, contraire aux lois de l'humanité »[976]. Il en ressort que le point de tension entre les intérêts de l'humanité et les intérêts des belligérants réside précisément dans *l'utilité* de la violence employée : seuls les moyens indispensables à la réalisation des buts légitimes de la guerre peuvent être autorisés ; les autres, « *parce qu'ils [aggravent] inutilement les souffrances des hommes* »[977], sont réputés contraires aux lois de l'humanité. Extraite des considérations qui la contextualisent, cette idée manifeste que « *toute violence inutile est par là même illicite, contraire au droit de la guerre* »[978]. Cette règle, qu'exprime le principe de nécessité militaire, constitue le centre de gravité du droit dans la guerre. Elle éclaire la raison d'être de l'ensemble des règles composant ce corps normatif[979] et des incriminations de crime de guerre qui en sont issues.

406. La nécessité militaire, expression d'un élément d'injustice. – Dans le prolongement des considérations précédentes, le principe de nécessité militaire peut être présenté comme proscrivant tout emploi de la violence armée qui n'est pas commandé par l'accomplissement des buts de la guerre. En découle un premier constat : la licéité du recours à la force, au plan individuel, est toujours appréciée en contemplation de l'objectif poursuivi au plan d'ensemble. Cette observation doit être interprétée avec précaution. Le but de la guerre, ainsi institué en élément d'évaluation de la licéité des comportements de guerre, doit être entendu *in abstracto*, en tant que « *fin générale, impersonnelle, commune à tous les belligérants* »[980]. À défaut, c'est-à-dire si ce but devait être fixé par chacune des parties au conflit, le principe de nécessité ne pourrait jouer aucun rôle canalisateur de la violence puisque la détermination du seuil du tolérable dépendrait finalement de la nature des ambitions martiales en cause : plus elles seraient agressives, plus les moyens admis pourraient alors être destructeurs. L'épithète « légitime » apposé à l'expression « but de la guerre » dans la déclaration de Saint-Pétersbourg précitée en rend compte[981]. Il montre que la rationalisation du

[976] Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, Saint-Petersbourg, 11 décembre 1868.
[977] *Ibid*.
[978] A. PILLET, *Recherche sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*, Paris, Pedone, 1899, p. 51.
[979] E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire, Histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire*, *op. cit*., p. 116
[980] C. DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », *RGDIP*, 1917, p. 100.
[981] Les définitions doctrinales de la nécessité militaires font également valoir cette donnée essentielle. V. not. : C. GREENWOOD, « Historical development and legal basis », D. FLECK (Dir.), *The handbook of humanitarian law in armed conflicts*, New-York, Oxford University Press, 1995, p. 33 : « *The principle of necessity operates as an*

recours à la violence n'est jamais instrumentale mais bien *éthique* : la licéité des conduites martiales n'est pas fonction de l'objectif que les parties ont décidé d'atteindre, mais de *l'objectif qu'elles sont fondées à atteindre*. Or, c'est dans la seule mesure où la soumission de l'adversaire constitue le moyen, pour chaque partie, de repousser le péril que le conflit armé fait peser sur son existence que leur est concédée la faculté de recourir aux armes[982]. Parce qu'il tend à préserver un intérêt tout aussi légitime que celui qu'il menace, le recours à la force devient ainsi admissible. Au regard de cette balance des intérêts qu'il invite à opérer, le principe de nécessité militaire peut être rapproché du mécanisme de la justification pénale existant en droit interne. En effet, il s'agit bien de rendre admissibles les comportements qui représentent « *un plus grand bien ou un moindre mal* » que celui que l'on entend conjurer[983]. Le recours à la force, et la mise à mal du groupe ciblé, est toléré parce qu'il sert la préservation du groupe adverse. Dans tous les autres cas, il devient répréhensible dès lors qu'il ne trouve *aucune justification* dans cet impératif de conservation des parties.

407. Les critères de la nécessité militaire. – Vu les développements qui précèdent, l'appréciation de la nécessité militaire implique de rechercher si le fait de guerre est en adéquation avec la finalité légitime du conflit armé. Cette opération n'est pas laissée à la discrétion des parties ; là encore, cela introduirait une trop grande part de subjectivité et par conséquent l'écueil d'une légitimation utilitariste des comportements de guerre. Elle répond au contraire à un jugement de valeur objectif reposant sur une double appréciation.

La première renvoie à une appréciation *qualitative* de la conduite : il s'agit d'examiner la nécessité de la violence employée eu égard à l'impératif de conservation des parties[984]. Comme en matière de justification pénale, il faut ainsi se demander si le fait de guerre en cause constitue un moyen de réaction indiqué compte tenu de la situation de péril existant[985]. Concrètement, le comportement doit donc être strictement utile à la neutralisation du potentiel destructeur de l'adversaire pour être couvert par les nécessités militaires.

La seconde s'entend d'une appréciation *quantitative* de l'utilité de la conduite accomplie : elle ne doit en effet pas causer plus de dommages que ne le requiert la mise hors de combat de l'adversaire. La doctrine internationaliste rapproche ce second jugement de valeur du principe du *civiliter uti* qui pose un devoir d'exercer un droit de la manière la moins intrusive des intérêts légitimes et des droits d'autrui[986]. Les pénalistes le rapprocheront, quant à eux, du critère de proportionnalité conditionnant classiquement le mécanisme de la justification, lequel

---

additionnal level of restraint by prohibiting acts wich are not otherwise illegal, as long as they are not reprehensible for the achievement of legitimate goals ».

[982] V *supra*, n°182.

[983] X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°261 ; G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, *op. cit*., n°286, n.b.p. n°916.

[984] R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2007, p. 165.

[985] Sur le critère de nécessité, v. X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°265

[986] R. KOLB, *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2ème éd., 2013, p. 602.

pose une exigence de mesure de l'atteinte commise en défense, par rapport à l'atteinte qui pourrait découler de l'attaque subie[987].

408. Transition. – Le principe de nécessité militaire éclaire ainsi la rationalité du droit des conflits armés et permet de comprendre que la démarcation du licite et de l'illicite est opérée à l'aune du caractère injuste du fait de guerre. Tout acte dépourvu de nécessité militaire, c'est-à-dire tout acte qui n'est pas strictement utile et proportionné à la conservation des belligérants, est proscrit et, partant, érigé en crime de guerre. Il reste maintenant à préciser comment il est fait application de ce critère dans le cadre de la détermination des infractions.

2- L'appréciation de l'absence de nécessité militaire dans la détermination des crimes de guerre

409. Double mode d'appréciation de l'absence de nécessité militaire. – De ce qui précède, il découle que l'incrimination d'un comportement d'exécution en crime de guerre procède toujours d'une appréciation de son caractère injuste. Le législateur international, se figurant l'ensemble des conduites susceptibles de concrétiser l'exécution d'une entreprise martiale, va sélectionner parmi eux tous ceux qui présentent un tel caractère injuste, pour les ériger en infraction. Deux techniques d'incrimination peuvent à cet égard être distinguées : tantôt l'incrimination procède d'une appréciation *in abstracto* de l'absence de nécessité militaire d'une conduite déterminée ; tantôt l'incrimination intègre l'absence de nécessité militaire aux conditions constitutives de l'infraction : elle devra alors être appréciée *in concreto.*

410. Présomption d'absence de nécessité militaire. – D'un côté, l'incrimination d'un comportement d'exécution en crime de guerre peut être assise sur une présomption d'absence de nécessité militaire. Parmi les différents faits de guerre susceptibles d'être commis, certains sont en effet réputés injustes par nature, parce qu'ils sont, en toutes circonstances, inutiles ou disproportionnés par rapport à l'objectif de conservation des belligérants.

Du critère de nécessité d'abord, il ressort qu'une atteinte ne peut être légitime que si elle est dirigée contre un élément générateur de la menace à laquelle sont exposées les parties. Ainsi, le champ des conduites autorisées se trouve logiquement restreint aux atteintes commises contre les éléments militaires adverses, qu'il s'agisse de personnes ou de biens. La réciproque négative est qu'une attaque lancée contre des éléments inoffensifs est par nature injuste. À cet égard, la cible de la violence employée fournit un premier facteur d'appréciation de l'illicéité dans la guerre : parce qu'une personne n'assumant aucune fonction de combat effective ne représente aucune menace pour la partie adverse, son atteinte est inutile, et donc constitutive d'un crime

[987] X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°266 ; G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, *op. cit.*, n°286.

de guerre[988]. Il en va de même s'agissant des atteintes portées aux biens à caractère civil. Parce qu'ils ne constituent pas des objectifs militaires[989], c'est-à-dire des « *biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis* »[990], leur destruction est par essence dépourvue d'intérêt et ne peut jamais servir la neutralisation du potentiel militaire de l'ennemi. De la même façon, de tels comportements sont ainsi érigés en crime de guerre[991].

Ensuite, l'absence de nécessité militaire d'une pratique martiale peut émaner de la disproportion de l'atteinte concrétisant le but de soumission de l'ennemi. Toute atteinte pouvant être évitée, parce qu'une autre, de moindre gravité, sied pareillement à l'obtention de cet objectif, est condamnée. Le préjudice souffert par la victime, y compris lorsqu'elle est une cible légitime, doit en d'autres termes être réduit à sa plus simple expression. En conséquence, les manifestations de cruauté comme les pratiques avilissantes sont érigées en incriminations dès lors qu'elles dépassent le strict objectif légitime de mettre hors de combat[992]. La même réprobation est attachée aux comportements qui ensanglantent sans besoin la lutte armée. Plusieurs crimes de guerre sont ainsi constitués par l'emploi d'armes causant des maux superflus[993].

---

[988] Cette catégorie d'infraction renvoie principalement aux crimes de guerre sanctionnant la violation des Conventions de Genève de 1949, qui protègent spécifiquement les personnes ne participant pas – les personnes civiles – ou plus – les combattants blessés, malades ou naufragés – au conflit armé. V. les incriminations posées à l'article 8, al. 2, a) et à l'article 8, al. 2, c) du statut de Rome. Pour plus de développements sur la qualité de la victime atteinte et les relations qu'entretient cette condition avec le critère d'injustice, v. *infra*, n°472.

[989] Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 8 juin 1977, art. 52 al. 1.

[990] Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 8 juin 1977, art. 52 al. 2.

[991] V. par exemple l'article 8 al. 2, b, ii) du Statut de Rome qui incrimine « *le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des biens de caractère civil, c'est-à-dire des biens qui ne sont pas des objectifs militaires* ». De la même façon, sont incriminées les attaques lancées contre les bâtiments, le matériel et les moyens de transport sanitaire utilisant les signes distinctifs prévus par le droit de Genève (art. 8 al. 2, b, xxiv) et 8 al. 2, e, ii) du Statut de Rome). Ces biens ne sont pas mis au service de la réalisation de l'entreprise martiale mais destinés à assurer le soin des blessés de guerre. Leur atteinte n'induit ainsi aucun affaiblissement du potentiel militaire de l'ennemi de sorte que son absence de nécessité militaire est présumée.

[992] V. par exemple l'article 8 al. 2, b, xxi) du Statut de Rome qui incrimine « *les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants* ». A défaut de précision quant à la qualité de la victime, il doit être considéré que cette infraction sanctionne de telles méthodes quel que soit son sujet, à l'inclusion donc des combattants. De la même façon, les infractions au droit de Genève sanctionnent l'infliction de souffrances aigües (v. les art. 8 al. 2, a, ii) et iii) et 8 al. 2, e, c i) et ii) du Statut de Rome) aux personnes protégées que sont les personnes civiles, mais également les combattants blessés, malades, naufragés ou ayant été faits prisonniers par les forces ennemies. Dans le même ordre d'idée, les articles 8 al. 2, b, x) et 8, 2, e, xi) du Statut de Rome portent incrimination du « *fait de soumettre des personnes d'une partie adverse tombées en son pouvoir à des mutilations ou à des expériences médicales ou scientifiques quelles qu'elles soient qui ne sont ni motivées par un traitement médical, dentaire ou hospitalier, ni effectuées dans l'intérêt de ces personnes, et qui entraînent la mort de celles-ci ou mettent sérieusement en danger leur santé* ». Les articles articles 8 al. 2, b, xxi et 8, 2, e, vi) du Statut de Rome visent quant à eux les conduites avilissantes à caractère sexuel telles que le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée ou encore la grossesse forcée. L'atteinte emportée par de telles conduites permet, en toutes circonstances, de présumer de son absence de nécessité militaire compte tenu de sa disproportion quant au but qu'elle est censée concrétiser : le degré de souffrance infligée outrepasse l'objectif légitime, à savoir neutraliser le potentiel militaire de l'ennemi pour mieux assurer sa conservation.

[993] V. not. les articles 8 al. 2, b, xvii) ; 8 al. 2, b, xviii) ; 8 al. 2, b, xix) ; 8 al. 2, b, xx) ; 8 al. 2, e, xiii) ; 8 al. 2, e, xiv) ; 8 al. 2, e, xv) du Statut de Rome.

411. Caractère irréfragable de la présomption. – Dans toutes ces hypothèses – non exhaustives – où l'absence de nécessité militaire du comportement est présumée, il est impossible pour l'agent qui s'en rend coupable d'invoquer ce même argument afin d'échapper à sa responsabilité pénale. Plusieurs accusés avaient adopté cette stratégie de défense devant les tribunaux militaires, en tentant de justifier les crimes qui leur étaient reprochés – tels que le meurtre de civils ou de prisonniers ou la destruction de villes et villages – par les nécessités impérieuses de la guerre. Cette prétention, qui tend à réhabiliter la doctrine de la *kriegsraison*[994], fut clairement rejetée. Les différentes juridictions amenées à statuer sur la question s'accordèrent toutes à établir qu'aucune considération d'efficacité opérationnelle ne pourrait jamais légitimer une violation du droit de la guerre : « *It is an essence of war that one or the other side must lose, and the experienced generals and statesmen knew this when they drafted the rules and customs of land warfare. In short these rules and customs of warfare are designed specifically for all phases of war. They comprise the law for such emergency. To claim that they can be wantonly – and at the sole discretion of anyone belligerent – disregarded when he considers his own situation to be critical, means nothing more or less than to abrogate the law and customs of war entirely* »[995]. La jurisprudence est, depuis, constante sur ce point : en aucun cas la nécessité militaire ne peut être invoquée en tant que fait justificatif[996]. Elle n'est pas susceptible de neutraliser l'illicéité d'une conduite infractionnelle, ce qui se conçoit aisément puisqu'elle constitue justement le critère présidant à son incrimination. En effet, « *dans un droit qui est déjà un droit de nécessité, la nécessité-échappatoire ne peut intervenir pour déroger à la nécessité codifiée* »[997]. Ainsi la présomption d'absence de nécessité militaire sur laquelle repose l'incrimination de l'acte de soumission de l'ennemi est-elle irréfragable.

412. Conditionnement de l'infraction par l'absence de nécessité militaire. – D'un autre côté, certaines incriminations subordonnent la constitution de l'infraction à la preuve de l'absence de nécessité militaire du fait de guerre. Il en existe plusieurs répondant à ce modèle.

---

[994] La doctrine de la *kriegsraison* est née au sein de la science juridique allemande de la seconde moitié du XIXème siècle. Si elle avait également pour pierre angulaire le concept de nécessité militaire, celui-ci n'était pas entendu comme un principe normatif sinon comme un élément de fait, permettant de déroger aux lois et coutumes de guerre. Elle défendait en effet l'idée selon laquelle l'utilité ou l'opportunité d'une pratique militaire devait toujours primer sur les lois et coutumes de guerre. Ainsi la nécessité militaire était-elle conçue comme une cause objective excluant exceptionnellement l'illicéité d'un acte qui, en d'autres circonstances, était réputé contraire au droit des conflits armés, ce qui conduisait en définitive à réduire à néant le caractère obligatoire et donc à priver d'effectivité cet ensemble normatif. Pour plus de développements sur cette question, v. E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire, Histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire*, *op. cit*., pp. 285-354.

[995] *USA c. Afried Felix Alwyn Krupp and others*, « The Krupp Case », préc., p. 1347. Dans le même sens : *USA c. Wilhelm List and others*, « The hostage case », case n°7, reproduit dans : Trials of war crimes criminals before the Nuernberg military tribunals under control council law n°10, vol. XI, United states government printing office, Washington, 1950, p. 1252-1256.

[996] La solution a été réaffirmée depuis : TPIY, arrêt *Kordić et Čerkez*, préc., n°54 ; TPIY, jugement *Galić*, préc., n°44 ; TPIY, jugement *Martić*, préc., n°68.

[997] R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », préc., p. 158. Également en ce sens : S. CASSELLA, *La nécessité en droit international, De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Thèse, Brill- Nijhoff, 2011, p. 238. De même : v. le rapport de la Commission à l'assemblée générale sur les travaux de sa trente-deuxième session, *Ann. CDI*, 1980, vol. II (2), p. 44, n°27 et s.

La destruction et l'appropriation de biens *non justifiées par des nécessités militaires* et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire en sont un exemple parmi d'autres[998]. Dans ce cas de figure, l'absence de nécessité militaire reste le critère de l'illicéité pénale. Seulement, le législateur laisse ici aux autorités de poursuites le soin d'établir la preuve de cette circonstance. Elle n'est donc plus évaluée *ex ante*, mais *post facto*, au regard des faits concrets de la situation d'espèce. Cette technique d'incrimination vise à introduire un standard de qualification flexible[999], compte tenu de la réalité matérielle multiforme que peut recouvrir une conduite donnée. La destruction de biens, par exemple, peut effectivement se révéler conforme aux buts de la guerre si tant est qu'elle aide à réduire le potentiel militaire de la partie adverse[1000]. Mais elle peut tout aussi bien, dans d'autres circonstances, relever d'une décision

---

[998] Art. 8 al. 2, a, iv) du Statut de Rome. On pourrait mentionner de nombreuses autres infractions, qui consistent principalement dans des atteintes aux biens. A noter toutefois que certaines incriminations ne renvoient pas formellement à la notion de nécessité militaire mais à des expressions synonymes telles que « *les nécessités de guerre* » (Art. 8 al. 2, b, xiii du Statut de Rome), les « *impératifs militaires* » art. 8 al. 2, e, viii du Statut de Rome) ou encore les « *nécessités du conflit* » (art. 8 al. 2, e, xii du Statut de Rome). Mais ces différentes formules désignent bien la même réalité : le comportement décrit est constitutif d'un crime de guerre dans la mesure où sa réalisation n'était pas commandée par les nécessité militaires. On peut également évoquer les infractions dont la constitution de l'infraction est subordonnée à l'exigence négative que les biens protégés – tels que des villes, villages, habitations ou bâtiments (art. 8 al. 2, b, v du Statut de Rome), des bâtiments culturels ou sanitaires (art. 8 al. 2, b, ix et 8 al. 2, e, iv du Statut de Rome) – n'aient pas constitué un objectif militaire, notion qui, pour rappel, renvoie aux « *biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis* » (Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 8 juin 1977, art. 52 al. 2). Dans le même sens, on peut citer les incriminations des articles 8 al. 2, b, iii) et 8 al. 2, e, iii) du Statut de Rome sanctionnant les attaques lancées contre les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix à condition que ces biens soient assimilables à des biens à caractères civils, ce qui, par définition, suppose qu'ils ne constituent pas des objectifs militaires (Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 8 juin 1977, art. 52 al. 1).
Par ailleurs, certaines infractions contre les personnes sont empreintes de la même logique. D'abord, celles venant d'être citées puisque les personnels des missions d'aide humanitaire et de maintien de la paix sont pareillement protégés, pour autant qu'ils puissent être assimilés à des personnes civiles, ce qui implique qu'ils ne prennent pas part à la réalisation du conflit armé. Dans le cas contraire, leur atteinte deviendrait licite car conforme aux buts légitimes de la guerre. On trouve ensuite l'infraction prévue à l'article 8 al. 2, b, iv) du Statut de Rome qui sanctionne « *le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu* ». Pour finir, on peut noter que le fait d'ordonner le déplacement de la population civile constitue un crime de guerre « *sauf dans les cas où la sécurité des civils ou des impératifs militaires l'exigent* » ainsi que le prévoit l'article 8, 2, e al. viii) du Statut de Rome.

[999] D'aucuns critiquent l'introduction d'une telle souplesse dans les règles applicables au conflit armé, considérant que le standard posé est imprécis et indéterminé : B. CLARCK, « Proportionnality in armed conflicts : a principle in need of clarification ? », *International Humanitarian Legal Studies*, vol. 3, 2012, p. 73.

[1000] La CPI a par exemple jugé, dans le cadre de l'affaire *Katanga*, de la constitution de l'infraction de destruction de bien de l'ennemi qui est conditionnée par l'absence de nécessité militaire et prévue à l'article 8 al. 2, e, xii) du Statut de Rome. Ayant rappelé qu'il importait à cet effet « *d'évaluer l'"avantage militaire" du point de vue de l'assaillant pour chaque objet ciblé, lequel doit être précis, et ne peut, en aucun cas, revêtir un caractère indéterminé ou éventuel* » (CPI, jugement *Katanga*, préc., n°893), elle considéra que l'attaque des bâtiments d'habitations pouvaient, en l'espèce, se justifier par les nécessités militaires, dès lors – la cour ne le dit pas expressément, mais insiste toutefois sur cet élément – qu'elle avait été réalisée au cours d'un assaut contre un camp militaire, qu'ils se situaient dans l'enceinte dudit camp et qu'ils étaient mis au service des soldats (*Ibid*., n°921 et n°924), ce qui laisse entendre qu'elle considérait que ce bien était utilisé pour apporter une contribution effective à l'action militaire.

arbitraire, auquel cas sa condamnation s'impose. La prise en considération de l'absence de nécessité militaire sous la forme d'un élément injuste, c'est-à-dire d'un élément constitutif négatif, permet ainsi une régulation utile de la répression puisqu'elle devient adaptable au particularisme de chaque espèce. En tout état de cause, c'est dans la seule hypothèse où l'incrimination prescrit formellement cette évaluation des nécessités militaires – laquelle s'opère à l'aune des mêmes critères objectifs que sont la nécessité-idonéité et la nécessité-proportionnalité – que cet élément pourra faire obstacle à la qualification de l'infraction.

413. Transition. – En matière d'entreprise martiale, l'élément d'injustice joue un rôle essentiel dans la détermination des actes d'exécution punissables. Porteur de la rationalité des crimes de guerre, il permet de comprendre pourquoi toute participation au conflit armé n'est pas incriminée et, surtout, d'identifier celles qui le sont, à savoir les actes d'exécution dépourvus de nécessité militaire. Il en va autrement du crime contre l'humanité et du génocide, même si ces infractions intègrent également un élément d'injustice.

B. Le caractère injuste du crime contre l'humanité et du génocide

414. Le caractère injuste, attribut du projet d'ensemble. – Une différence fondamentale oppose les entreprises martiales et criminelles. Pour les premières, l'atteinte au groupe ciblé trouve une justification si elle poursuit un strict objectif de conservation des parties. Ainsi, la licéité de la force employée n'est pas appréciée au plan global, mais au plan individuel, en considération de l'injustice de l'acte d'exécution. La situation est toute autre lorsque l'entreprise est criminelle contre l'humanité ou génocidaire, car l'atteinte à l'existence du groupe ciblé est en toutes circonstances injustifiable[1001]. Dans ce cas de figure, l'élément d'injustice affecte l'entreprise d'ensemble, si bien que tout fait concourant à sa réalisation revêt, par implication, un tel caractère. En d'autres termes, tout acte d'exécution d'une entreprise criminelle ou génocidaire est injuste par nature.

415. Constance de l'élément injuste. – De cette affirmation découlent deux remarques. D'abord, il en ressort que les comportements constitutifs de ces derniers crimes sont caractérisés par un élément injuste, à l'instar du crime de guerre : il s'agit donc bel et bien d'un trait constant des infractions internationales.

416. Absence de fonction distinctive de l'élément injuste. – Ensuite, dès lors que l'on conçoit que tout acte d'exécution d'une entreprise criminelle ou génocidaire est nécessairement injuste, on comprend alors qu'aucun tri ne soit opéré parmi les différents comportements concrétisant l'oppression du groupe ciblé, comme c'est le cas en matière de crime de guerre. La raison est simple : il n'y a pas matière à distinguer entre les différents comportements

[1001] V. *supra*, n°185-187.

conduisant l'entreprise d'ensemble eu égard à leur injustice, puisque toutes présentent par essence un tel caractère. Dès lors, tous les actes d'exécution des entreprises criminelles sont criminels, sans exception.

417. Conclusion. – En définitive, tous les comportements d'exécution constitutifs de l'infraction internationale présentent un caractère injuste. Seulement, celui-ci est tantôt apprécié au niveau de l'entreprise globale, tantôt au niveau de la participation individuelle. Ce point de divergence entre les infractions peut être résumé, schématiquement, comme suit : tandis que le crime de guerre sanctionne un *fait de participation injuste* à une entreprise d'ensemble, le crime contre l'humanité et le génocide répriment, quant à eux, un fait de participation à une *entreprise d'ensemble injuste*.

L'injustice de l'acte d'exécution fournit ainsi un premier élément de définition substantiel des infractions internationales. Mais celui-ci se définit, également, par sa matérialité.

§2. La matérialité de l'acte d'exécution

418. Absence de spécificité matérielle des actes d'exécution punissables. – Comme toute infraction pénale, les infractions internationales sont définies par un comportement matériel de référence. Cette détermination du fait infractionnel constitue *a priori* un facteur limitant des incriminations puisqu'il en découle qu'un comportement devient répréhensible à la seule condition qu'il revête les caractères matériels prescrits par le texte d'incrimination. Mais cette fonction spécifiante de l'élément matériel est à relativiser pour ce qui concerne la notion d'infraction internationale dès lors que les textes d'incrimination ne définissent pas les différents crimes internationaux au regard d'une attitude unique et singulière. Au contraire, ils visent une pluralité de faits – les faits sous-jacents –, qui sont tous susceptibles de caractériser alternativement le comportement infractionnel. Plus encore, l'étude de ces différentes conduites amène à constater qu'il est impossible de réduire les infractions internationales à un agissement-type compte tenu de la variabilité des résultats (A) et des comportements (B) qui les caractérisent.

A. <u>La variabilité des résultats incriminés</u>

419. Multiformité des résultats caractérisant les actes d'exécution punissables. – Les faits sous-jacents décrits par les textes d'incrimination des infractions internationales manifestent les différentes formes extérieures que peut revêtir l'acte d'exécution répréhensible. Tous se caractérisent par un certain résultat, qui s'analyse, dès lors, comme l'atteinte par laquelle s'extériorise la concrétisation du projet d'ensemble. L'étude de cette première composante matérielle suffit à entrevoir la multiformité des infractions internationales. Les résultats incriminés sont extrêmement hétérogènes, en tout cas pour ce qui concerne le crime

de guerre et le crime contre l'humanité (1). S'agissant du génocide, l'affirmation est à nuancer dans la mesure où cette infraction se consomme toujours par un résultat destructeur. Mais cette spécificité demeure toutefois relative dès lors que diverses atteintes peuvent caractériser ce résultat (2).

1- L'hétérogénéité manifeste des résultats caractérisant le crime de guerre et le crime contre l'humanité

420. Champ d'analyse. – La variabilité des résultats caractérisant les actes d'exécution incriminés se vérifie tant à l'analyse du crime de guerre (a) que du crime contre l'humanité (b).

a- Le crime de guerre

421. Hétérogénéité des atteintes aux personnes incriminées. – S'agissant, en premier lieu, du crime de guerre, la plupart des infractions sous-jacentes s'analysent en des infractions contre les personnes. Mais par-delà ce trait commun, apparaît une grande diversité de résultats incriminés. D'abord, certaines infractions sanctionnent des atteintes à la vie ; l'exemple, classique, est celui de l'incrimination de l'homicide intentionnel[1002]. Viennent ensuite les atteintes à l'intégrité physique ou mentale, ainsi qu'à la santé. Tantôt, ces trois séries d'atteintes sont tantôt incriminées de concert – on peut notamment évoquer l'infraction issue du droit de Genève consistant dans « *le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé* »[1003] – ; tantôt elles sont visées isolément – le fait de « *blesser un combattant qui, ayant déposé les armes ou n'ayant plus de moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion* »[1004] est par exemple constitutif d'un crime de guerre –. Enfin, certaines infractions sous-jacentes visent des conduites attentatoires à la dignité humaine, dont l'expression première est l'infliction d'un traitement inhumain et dégradant[1005]. Mais l'énumération n'est pas ici terminée. À côté de cette première série d'infractions, qui saisit essentiellement des crimes contre l'intégrité de la personne humaine, d'autres condamnent les atteintes à sa liberté. Cette dernière est d'abord protégée dans son aspect physique. L'incrimination de la prise d'otage en constitue une manifestation[1006]. Par ailleurs, la liberté sexuelle fait l'objet d'une protection spécifique : l'esclavage sexuel ou la prostitution forcée

[1002] Art. 8 al. 2, a, i) et art. 8 al. 2, c, i) du Statut de Rome.
[1003] Art. 8 al. 2, a, iii) du Statut de Rome.
[1004] Art. 8 al 2, b, vi) du Statut de Rome. Pour l'incrimination autonome d'atteintes à la santé, v. art. 8 al 2, b, x) et art. 8 al. 2, e, xi) du Statut de Rome.
[1005] Art. 8 al 2, b, xxi) et art. 8 al. 2, c, ii) du Statut de Rome. V. également : Art. 8 al. 2, a, ii) du Statut de Rome
[1006] Art. 8 al 2, a, viii) et art. 8 al. 2, c, iii) du Statut de Rome. On peut également mentionner les infractions constituées par un fait de déportation, de transfert ou de détention illégale de personnes. V. les articles 8 al. 2, a, vii) ; art. 8 al. 2, b, viii) et art. 8 al. 2, e, viii) du Statut de Rome.

comptent parmi les conduites incriminées à cet égard[1007]. Pour finir, mais sans pour autant prétendre à l'exhaustivité, on peut relever que le droit à un procès équitable, et donc plus largement le droit à la sûreté, fait l'objet de plusieurs incriminations[1008]. Le fait de « *déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice les droits et actions des nationaux de la partie adverse* »[1009], pour n'en citer qu'une, illustre cette dernière catégorie de crime de guerre contre la personne humaine.

422. Hétérogénéité des atteintes aux biens incriminées. – Qui plus est, d'autres infractions sanctionnent quant à elles des atteintes aux biens, et le constat est là encore celui de la multiformité des résultats incriminés. D'une part, il n'y a pas d'unité de nature des biens protégés : des biens privés comme publics sont visés[1010]. D'autre part, le résultat dommageable est tout autant variable. Relativement à certains crimes, il s'entend d'une atteinte matérielle au bien, c'est-à-dire d'une atteinte à son intégrité, telles les destructions[1011]. Dans d'autres cas, il se conçoit comme une atteinte juridique au bien, c'est-à-dire comme une atteinte à sa propriété. L'incrimination du pillage consistant dans le fait de s'approprier des biens appartenant à autrui à des fins privées ou personnelles, sans le consentement du propriétaire[1012], en fournit une illustration.

423. Transition. – Les infractions sous-jacentes du crime de guerre incriminent ainsi des résultats multiples et multiformes. Bien qu'elles soient moins nombreuses, celles du crime contre l'humanité recèlent la même potentialité répressive.

b- Le crime contre l'humanité

424. L'incrimination de diverses atteintes à la personne. – Dans l'ensemble, les résultats des infractions sous-jacentes du crime contre l'humanité recoupent ceux ayant été

[1007] Art. 8 al. 2, b, xxii) et art. 8 al. 2, e, vi) du Statut de Rome. A côté de ces comportements que sont l'esclavage sexuel et la prostitution forcée, sont également incriminés le viol, la grossesse forcée, la stérilisation forcée, et plus largement « *toute autre forme de violence sexuelle constituant une violation grave de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève* ».

[1008] Ces infractions se recoupent fortement au demeurant. V. à cet égard l'article 8 al. 2, a, vi) du Statut de Rome incriminant « *le fait de priver intentionnellement un prisonnier de guerre ou toute autre personne protégée de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement* » et l'article 8 al. 2, c, iv) du Statut de Rome incriminant « *les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires généralement reconnues comme indispensables* ».

[1009] Art. 8 al. 2, b, xiv) du Statut de Rome.

[1010] Le crime de pillage, par exemple, s'applique indistinctement aux biens publics et privés : CPI, jugement *Katanga*, préc., n°904 ; CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°115.

[1011] Plusieurs incriminations couvrent des destructions de biens. V. not. l'article 8 al. 2, a, iv) du Statut de Rome qui couvre la destruction de biens protégés par les Conventions de Genève, non justifiée par les nécessités militaires, commises au cours d'un conflit armé international ; les articles 8 al. 2, b, xiii) et 8 al. 2, e, xii) du Statut de Rome qui incriminent le fait de détruire les biens de l'ennemi sans que les nécessités militaires ne le justifient.

[1012] Art. 8 al. 2, b, xvi) et art. 8 al. 2, e, v) du Statut de Rome. Pour une définition de l'*actus reus* du crime de pillage, v. not. : CPI, jugement *Katanga*, préc., n°904-910.

identifiés à l'analyse du crime de guerre. D'abord, peuvent à nouveau être recensées des atteintes à la vie et à l'intégrité physique ou psychique, qui trouvent respectivement corps, par exemple, dans les infractions de meurtre[1013] et de torture[1014]. L'incrimination de la réduction en esclavage[1015], ensuite, démontre que le crime contre l'humanité peut également se concrétiser dans des atteintes à la dignité humaine, le processus de réification de l'homme sous-tendu par cette conduite qui consiste à « *exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété* »[1016] affectant effectivement cette valeur ultime de l'homme que cristallise le concept de dignité. Enfin, on retrouve des crimes attentatoires à la liberté humaine. D'un côté, ceux qui emportent une lésion de la liberté dans son aspect physique, tel que l'emprisonnement[1017], la déportation et le transfert forcé[1018] ou encore, et c'est là une figure spécifique du crime contre l'humanité, les disparitions forcées[1019]. D'un autre côté, ceux qui mettent à mal la liberté dans son aspect sexuel : la série d'infractions incriminées, qui inclut par exemple le viol, la prostitution forcée ou encore la grossesse forcée est exactement la même que celle existant en matière de crime de guerre[1020]. Cette présentation permet de constater la similitude des configurations du crime de guerre et du crime contre l'humanité, et précisément que cette dernière infraction a, elle aussi, vocation à s'extérioriser dans des résultats de diverses natures matérielles.

425. L'incrimination générique des atteintes aux droits fondamentaux : le crime de persécution. – Cela étant, à ce stade de l'analyse, il peut sembler que les résultats sous-jacents du crime contre l'humanité sont beaucoup moins variés que ceux du crime de guerre. D'une part, certaines atteintes contre les personnes n'ont pas été mentionnées, comme par exemple les atteintes à la sûreté prises de la violation du droit à un procès équitable. D'autre part et surtout, aucune atteinte aux biens n'est spécifiquement visée. C'est toutefois compter sans l'incrimination du crime de persécution dont le résultat, défini génériquement comme « *le déni grave de droits fondamentaux en violation du droit international* »[1021], autorise à qualifier le crime contre l'humanité à l'endroit de beaucoup plus d'atteintes que peut le laisser penser le texte d'incrimination.

La jurisprudence regorge d'illustrations. Les procès de Nuremberg, tout particulièrement, laissent entrevoir la large gamme d'offenses ayant été subsumées sous cette qualification. Ont été présentées comme des persécutions, par exemple, la promulgation de lois

[1013] Art. 7 al. 1, a) du Statut de Rome. On peut également mentionner l'article 7 al. 1, b) du Statut de Rome incriminant l'extermination.
[1014] Art. 7 al. 1, f) du Statut de Rome.
[1015] Art. 7 al. 1, c) du Statut de Rome.
[1016] Art. 7 al. 2, c) du Statut de Rome.
[1017] Art. 7 al. 1, e) du Statut de Rome.
[1018] Art. 7 al. 1, d) du Statut de Rome.
[1019] Art. 7 al. 1, i) du Statut de Rome.
[1020] Art. 7 al. 1, g) du Statut de Rome.
[1021] Art. 7 al. 2, g) du Statut de Rome

d'exception limitant les fonctions et professions que les juifs pouvaient exercer, les restrictions ayant été imposées à leur vie privée et à leurs droits de citoyens, le pillage de magasins ou encore, l'imposition d'amendes collectives d'un milliard de marks aux juifs ainsi que la saisie de leurs avoirs[1022]. L'affaire *Justice*, jugée par le tribunal militaire américain, mérite également d'être soulignée car elle montre que les persécutions ont pu être constituées à l'endroit d'atteintes à la sûreté, le prononcé de sentences arbitraires, en violation du principe de légalité et sans que les droits de la défense aient été respectés, ayant notamment été pris en considération[1023]. Ces précédents montrent ainsi que le crime de persécution peut englober une grande variété d'atteintes, y compris celles présentant un caractère judiciaire ou économique[1024]. La jurisprudence postérieure s'inscrit dans la même lignée. On peut notamment mentionner le jugement *Blaskić* rendu par le TPIY, dans lequel il a été reconnu que « *la confiscation ou la destruction d'habitations ou d'entreprises privées, de bâtiments symboliques ou de moyens de subsistance appartenant à la population musulmane de Bosnie-Herzégovine peuvent être qualifiées d'actes de persécution* »[1025]. Non seulement cet extrait confirme que des atteintes aux biens peuvent extérioriser la persécution incriminée, mais il est également révélateur de leur multiformité. En effet, la mention de la *confiscation* montre que la persécution peut, d'une part, consister en une atteinte juridique à la propriété, c'est-à-dire une atteinte aux droits du propriétaire, tandis que la référence à la *destruction* signale, d'autre part, qu'elle peut revêtir les caractères d'une atteinte matérielle à la propriété, c'est-à-dire d'un dommage à l'intégrité du bien. La jurisprudence de la CPI suit le même mouvement, la Chambre de première instance VI ayant retenu une solution similaire dans le récent jugement *Ntaganda*[1026].

Ces décisions montrent qu'il n'existe, en somme, aucune limite objective à la qualification de la persécution : tout type d'atteinte aux droits fondamentaux est susceptible de caractériser son élément matériel. La seule restriction réside, en réalité, dans l'élément moral de cette infraction, l'incrimination imposant la preuve d'une intention discriminatoire. Mais nous verrons que la jurisprudence est peu exigeante dans la démonstration de cette condition[1027], ce qui emporte une application presque systématique de la qualification de persécution et, partant, la possibilité de condamner une infinité de comportements d'exécution de l'entreprise d'ensemble ; en définitive, toute atteinte concrétisant le projet d'atteinte au groupe d'ensemble pourra être qualifiée de crime contre l'humanité, quels que soient ses caractères matériels.

426. Conclusion. – Cette présentation rend compte de la grande diversité de nature des atteintes pouvant emporter la consommation du crime de guerre et du crime contre l'humanité.

[1022] *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 261.
[1023] *USA c. Josef Altstötter and others*, « The Justice case », vol. III, Trials of war crimes before the Nuernberg military tribunals under control council law n°10, United States government printing office, Washington, 1951, pp. 1063-1081, spécif. p. 1064.
[1024] En ce sens, v. l'analyse des juges du TPIY dans le jugement *Tadić*, préc., n°703-710.
[1025] TPIY, jugement *Blaskić*, préc., n°227. V. également les numéros suivants, jusqu'au n°233.
[1026] CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°995-1008.
[1027] V. *infra*, n°687.

S'agissant du génocide, la variabilité des résultats est moins patente puisque les atteintes incriminées présentent une relative spécificité.

2- La spécificité relative du résultat du génocide

427. L'incrimination d'une atteinte confinant à la destruction du groupe. – L'entreprise génocidaire tendant à détruire un groupe humain donné, son exécution engage naturellement la perpétration d'actes confinant à un tel objectif. Cette relation logique explique que le comportement constitutif de génocide soit voué à s'extérioriser dans une atteinte à l'existence du groupe pris pour cible. Reste qu'il n'est pas un seul moyen de parachever la destruction du groupe. Plusieurs stratégies peuvent être adoptées à cet effet. Les crimes sous-jacents en sont l'émanation : ils incriminent les différentes atteintes susceptibles d'être commises dans le cadre de la réalisation d'une entreprise génocidaire.

428. L'incrimination d'une atteinte à la vie des membres du groupe : le meurtre. – Le premier crime sous-jacent du génocide est le crime de meurtre[1028]. Il est défini de la même façon qu'en matière de crime de guerre ou de crime contre l'humanité, comme le fait de tuer une ou plusieurs personnes[1029]. Éliminer les membres du groupe est sans nul doute le moyen le plus évident, mais aussi le plus radical, de parvenir à la destruction de l'entité qu'ils composent. Le meurtre constitue ainsi la manifestation extérieure la plus courante du comportement d'exécution de l'entreprise génocidaire, ce qui explique sa position liminaire dans le texte d'incrimination.

429. L'incrimination de la mise en péril de la vie des membres du groupe : la soumission à des conditions d'existence devant entrainer leur destruction physique. – Le crime de soumission du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle[1030] peut être rapproché du crime de meurtre car, comme ce dernier, il sanctionne une atteinte à la vie des membres du groupe. À sa différence cependant, son texte d'incrimination ne requiert pas que cette atteinte soit effective. Cette infraction, formelle, suppose uniquement de constater que les conditions de vie du groupe instaurées par l'auteur étaient vouées à entrainer sa destruction, à terme[1031]. Concrètement, cela renvoie à des situations dans lesquelles les membres du groupe sont « *condamnés à mourir à petit feu* »[1032], comme le

---

[1028] Art. 6 al. a) du Statut de Rome.
[1029] *Éléments des crimes*, art. 6 al. 1, élément n°1 : « l'auteur a tué ou plusieurs personnes ».
[1030] Art. 6 al. c) du Statut de Rome.
[1031] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°505 : « *par les termes de soumission du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle, il faut entendre des moyens de destruction par lesquels l'auteur ne cherche pas nécessairement à tuer immédiatement les membres du groupe, mais, à terme, vise leur destruction physique* ».
[1032] TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°115.

confinement dans des ghettos[1033], la privation de moyens de substance ou encore l'assujettissement à un travail excessif. L'intérêt de cette infraction, par rapport au meurtre, est qu'elle permet d'anticiper la répression des actes génocidaires en amont de la disparition effective des membres du groupe : la seule mise en place d'une « *stratégie d'étouffement* »[1034] suffit à consommer le crime, indifféremment de ses suites.

430. L'incrimination d'une atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique des membres du groupe. – À côté des atteintes à la vie des membres du groupe sont par ailleurs visées les atteintes graves pouvant être portées à leur intégrité physique ou mentale[1035]. Cette incrimination sous-jacente peut *a priori* déconcerter car le résultat incriminé n'entretient pas de rapport de nécessité avec le résultat de destruction vers lequel tend l'entreprise d'ensemble. Aussi important puisse être le traumatisme éprouvé par la victime, l'atteinte à son intégrité physique ou mentale ne compromet pas son existence : la victime, blessée, reste en vie – dans le cas contraire, c'est d'ailleurs la qualification de meurtre qu'il faudrait appliquer –. Reste que le texte exige que l'atteinte soit empreinte d'une certaine gravité. Telle est, précisément, la condition qui scellerait la limitation du champ du génocide aux seules atteintes confinant à l'annihilation de l'entité stigmatisée. C'est en tout cas la lecture qu'en a effectuée la Commission du droit international, celle-ci ayant affirmé que l'atteinte doit être d'une gravité telle qu'elle menace de détruire en tout ou partie le groupe pris pour cible[1036]. La jurisprudence pénale internationale est venue à cette conclusion plus progressivement. Les premières déclarations relatives à l'élément matériel de ce crime paraissaient d'ailleurs sous-tendre une conception contraire, les juges du TPIR ayant énoncé qu'il n'est pas nécessaire que l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique soit permanente et irrémédiable[1037]. Sans revenir sur cette affirmation, la jurisprudence postérieure a néanmoins souligné que la gravité requise « *implique une souffrance allant au-delà du chagrin, de la gêne ou de l'humiliation passagère. Elle doit hypothéquer gravement et durablement la capacité de la victime à mener une vie normale et fructueuse* »[1038]. Quelques années plus tard, l'interprétation de la Commission du Droit international sera explicitement entérinée par les TPI : l'atteinte est grave si elle expose le

---

[1033] Au regard de l'histoire, l'enfermement des membres du groupe stigmatisé dans des ghettos constitue un exemple emblématique des politiques de destruction susceptibles d'être adoptées par les régimes criminels génocidaires. Pour autant, la jurisprudence ne s'y réfère pas expressément lorsqu'elle définit le crime de soumission à des conditions de vie devant entraîner la destruction du groupe. Elle mentionne, plus largement, « *la détention des membres du groupe pendant une durée excessive dans des locaux dont la surface ne répond pas au minimum requis* » : TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°116. Bien que les termes de *locaux* et de *ghettos* ne soient pas équivalents, on peut toutefois considérer que l'infraction atteint tous ces types de situations, sans distinction dans la mesure où la lettre du texte ne contient aucune restriction. En ce sens : M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°448.

[1034] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°442.

[1035] Art. 6 al. b) du Statut de Rome.

[1036] CDI, *Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires relatifs*, reproduit dans : *Ann. CDI*, 1996, vol. II(2), p. 48, n°14.

[1037] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°502 ; TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°109.

[1038] TPIY, jugement *Krstić*, préc., n°513 ; TPIY, jugement *Blagojević et Jokić*, préc., n°645

groupe à un risque d'anéantissement[1039]. La CIJ s'est également ralliée à cette analyse dans l'arrêt relatif à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide qu'elle a rendu en 2015[1040]. Pour ce qui concerne la CPI, il est plus difficile de savoir si cette exigence participe du droit applicable. D'une part, celle-ci n'a pas été transcrite dans les éléments des crimes. D'autre part, aucune décision relative au génocide n'a encore été rendue au fond[1041], si bien que la Cour n'a pas encore eu à préciser le contenu de l'élément matériel de cette infraction. Il serait souhaitable qu'elle relaye la conception adoptée par la Commission du droit international et la jurisprudence internationale, car elle est garante de la cohérence systémique du génocide : la nature participative du fait sanctionné par la notion d'infraction internationale implique de concevoir la matérialité de l'infraction à l'aune des caractères objectifs du projet d'ensemble qu'il est voué à concrétiser. Ainsi est-il indispensable que l'atteinte à l'intégrité physique ou mentale soit de nature à compromettre la survie du groupe pris pour cible aux fins de la constitution du génocide[1042].

431. L'incrimination de la mise en péril de la postérité du groupe : les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe. – Les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe constituent le quatrième crime sous-jacent visé par le texte d'incrimination[1043]. À la différence des crimes précités, celui-ci ne met pas proprement en péril la vie des membres du groupe. Mais il n'en menace pas moins l'existence de la collectivité. En effet, mettre en échec la reproduction biologique du groupe revient à condamner sa postérité, et donc sa capacité à se préserver, pour l'avenir. De ce point de vue, le comportement incriminé présente bien un caractère destructeur. Il faut souligner, pour finir, que l'emploi du verbe « visant » indique que ce crime est également une infraction formelle. Cela appelle donc les mêmes observations que précédemment : l'efficacité du comportement d'exécution, relativement au projet criminel d'ensemble, n'est pas une condition de sa répression.

432. L'incrimination d'une atteinte à la pérennité du groupe : le transfert forcé des enfants du groupe à un autre groupe. – Vient, pour finir, le crime consistant à transférer de

---

[1039] TPIR, jugement *Kajelijeli*, préc., n°814 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Seromba*, arrêt d'appel (ICTR-2001-66-A), ch. d'appel, 12 mars 2008, n°46 ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Krajišnik*, jugement (IT-00-39-T), ch. prem. inst. I, 27 septembre 2006., n°862 (Ci-après : « jugement *Krajišnik* »).

[1040] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie),* arrêt, 18 nov. 2008, *C.I.J. Recueil 2015*, n°157.

[1041] Pour l'instant, une seule affaire impliquant des faits de génocide présumés a été portée à la connaissance de la CPI : celle relative à la situation au Darfour, qui met en cause l'ex-président soudanais Omar Al Bashir. La procédure étant au stade d'enquête, les juges n'ont pas encore eu à se pencher sur les conditions matérielles spécifiques des crimes sous-jacents.

[1042] Contra : O. TRIFFTERER et K. AMBOS, *The Rome statute of the international criminal court, A commentary*, *op. cit.*, p. 138, n°24 qui considèrent pour leur part que : « *This simply confuses the actus reus and the mens rea of the offence. If bodily harm is caused, and if the intent is to destroy a group in whole or in part, then the crime is made out ; whether the harm was sufficient to threaten the destruction of the group is really irrelevant* ».

[1043] Art. 6, al. d) du Statut de Rome.

force des enfants du groupe à un autre groupe[1044]. L'introduction de cette pratique au rang des comportements d'exécution de l'entreprise génocidaire peut étonner. Il a effectivement été souligné que la notion de génocide couvre uniquement la mise en œuvre collective de projets tendant à détruire *matériellement* une collectivité nationale, ethnique, raciale ou religieuse, à l'exclusion des processus de destruction *culturelle* du groupe, lesquels consistent à altérer ses caractéristiques sociales pour supprimer sa représentation dans une société donnée[1045]. Or, à première vue, c'est bien à ce dernier type d'entreprise que renvoie le transfert forcé d'enfants ; preuve en est qu'il était identifié comme le premier moyen de génocide culturel dans les travaux préparatoires à la Convention sur le génocide[1046]. Il faut en réalité opérer une distinction entre le projet et les actes en assurant l'exécution. En aucun cas le génocide ne peut être constitué par une entreprise tendant à annihiler la représentation culturelle du groupe. Cela étant, la dissipation des caractéristiques sociales de l'entité collective demeure susceptible d'affecter, à terme, son existence. Une chambre de première instance du TPIY a particulièrement insisté sur ce point : « *Un groupe est défini non seulement par ses membres, mais aussi par son histoire, ses coutumes, par le lien unissant ses membres et celui qu'ils entretiennent avec leur terre et avec d'autres groupes* »[1047]. Et de poursuivre en soulignant que « *la destruction physique ou biologique d'un groupe est la conséquence probable de son transfert forcé lorsque celui-ci s'effectue de telle façon que le groupe ne peut se reconstituer, en particulier en cas de dispersion de ses membres. Dans ces circonstances, (...) le transfert forcé peut conduire à la destruction matérielle du groupe, dans la mesure où celui-ci cesse d'exister en tant que groupe ou, du moins, en l'état* »[1048]. Ainsi est-il possible de reconnaître un caractère destructeur au transfert forcé d'enfants, quand bien même il n'implique pas l'élimination des membres du groupe, vivants ou à venir, à l'instar des autres conduites visées.

433. Bilan : variabilité des atteintes consommant le crime de génocide. – Au vu de ces différentes définitions, le génocide se caractérise effectivement par un résultat matériel constant, tous les comportements incriminés se définissant par un effet destructeur. Il n'en demeure pas moins que ce résultat lointain est susceptible d'être accompli à travers la réalisation d'atteintes médiates diverses, puisqu'il peut aussi bien s'agir d'atteintes à la vie que d'atteintes à l'intégrité physique ou physique, voire d'atteinte à la liberté physique. En définitive, la conclusion qui s'en dégage est que le résultat du crime de génocide, comme celui du crime de guerre et du crime contre l'humanité, ne présente pas un contenu substantiel uniforme.

[1044] Art. 6 al. e) du Statut de Rome.
[1045] V. *supra*, n°140.
[1046] Conseil économique et social des Nations Unies, *Projet de Convention sur le crime de génocide*, préc., p. 32 : « *la séparation des enfants d'avec les parents a pour effet d'imposer aux individus à l'âge où ils sont malléables et réceptibles, une culture et une mentalité différentes de celles de leurs parents. Par ce procédé, on tend à obtenir la disparition à relativement brève échéance du groupe en tant qu'élément culturel* ».
[1047] TPIY, jugement *Blagojević et Jokić*, préc., n°666
[1048] *Ibid*.

À cette variabilité des résultats concrétisant les actes d'exécution punissables s'ajoute que l'activité matérielle qui les caractérise ne correspond pas non plus à un comportement-type.

B. La variabilité des comportements incriminés

434. Détermination des modes d'exécution des participations punissables. – Si le résultat sous-jacent incriminé renvoie à l'atteinte concrétisant l'accomplissement du projet d'ensemble, les comportements sous-jacents visés correspondent quant à eux aux gestes par lesquels son exécution est conduite. Or, étant donné la manière dont sont déterminés ces comportements au plan légal (1) et judiciaire (2), il apparaît que les actes d'exécution punissables peuvent revêtir une infinité de formes matérielles.

1- La détermination légale des comportements punissables

435. Description légale des actes d'exécution. – Le principe de légalité oblige le législateur à décrire, avec clarté et précision, la composition matérielle du comportement infractionnel : il doit identifier les moyens de parvenir au résultat illicite[1049]. Certaines incriminations sous-jacentes satisfont effectivement à cette exigence, puisqu'elles qualifient les comportements incriminés. Leur analyse rend néanmoins compte de la disparité des comportements visés (a), ce qui constitue un premier élément de démonstration de la variabilité des formes objectives que peuvent revêtir les faits de participation répréhensibles. Mais c'est surtout en voyant que la plupart des incriminations sous-jacentes ne définissent pas l'activité constitutive de l'infraction que l'on comprend que les actes d'exécution sanctionnés ne présentent aucune typicité matérielle (b).

a- L'incrimination de comportements disparates

436. Absence d'uniformité des actes qualifiés par les incriminations de crime de guerre. – S'agissant en premier lieu du crime de guerre, plusieurs incriminations sous-jacentes prescrivent l'usage d'un procédé spécifique pour parvenir au résultat incriminé : dans ces cas précis, la soumission injuste doit donc être accomplie par un moyen particulier. Or ces moyens identifiés ne recouvrent pas une matérialité uniforme.

D'une part, ils transcendent la distinction criminologique classique opposant les procédés de ruse aux procédés de violence. Certes, la majorité des procédés incriminés relèvent de cette dernière catégorie. Néanmoins, certaines infractions se caractérisent par l'exercice d'une tromperie : le crime consistant dans le fait de tuer ou de blesser l'ennemi *par traîtrise* peut être pris en exemple[1050]. On peut également citer celui consistant à *feindre* une négociation

[1049] Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°221 et n°303.
[1050] Art. 8 al 2, b, xi) et 8 al. 2, e, ix) du Statut de Rome.

par l'utilisation d'un pavillon parlementaire et à causer, ce faisant, des pertes en vie humaine ou des blessures graves[1051].

D'autre part, et s'agissant plus particulièrement des crimes de guerre consistant en un acte de type violent, la diversité des procédés incriminés est remarquable : la contrainte[1052], la force[1053], les menaces[1054] ou l'ordre de commettre des violences[1055] en sont quelques illustrations. Non seulement les adminicules recensés sont pluraux, mais il apparaît en outre qu'ils diffèrent dans leur matérialité puisque certains d'entre eux consistent dans une action physique – la contrainte et la force – quand d'autres se manifestent à travers le verbe – la menace ou l'ordre –. Ainsi est-il impossible de conclure à une quelconque homogénéité de ces actes de soumission injuste qualifiés par le législateur.

437. Absence d'uniformité des actes qualifiés par les incriminations de crime contre l'humanité. – Pour ce qui concerne, en deuxième lieu, le crime contre l'humanité, rares sont les incriminations sous-jacentes imposant l'emploi d'un procédé déterminé pour parvenir au résultat infractionnel. Au-delà, il apparaît que qualifier un comportement ne revient pas forcément à le singulariser.

Un premier exemple peut être pris du crime de déportation ou de transfert forcé. Selon les termes du statut, le déplacement illicite des personnes doit être opéré *de force*, *en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs*[1056]. Or, contrairement à ce que suggère le sens commun, la prévision du recours à la force ne requiert pas l'exercice d'une contrainte physique pour la constitution de l'infraction mais « *peut comprendre un acte commis en usant à l'encontre de ladite ou desdites ou de tierces personnes de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un climat coercitif* »[1057]. Ainsi, derrière la qualification de l'acte d'exécution se cache en réalité la possibilité de commettre l'infraction par des moyens aussi multiples que variés – on peut noter que la formule intègre des actions physiques comme verbales –, ce qui empêche d'identifier une attitude qui en soit véritablement caractéristique.

[1051] Art. 8 al. 2, b, vii) du Statut de Rome.

[1052] L'esclavage sexuel, notamment, se caractérise par l'exercice d'une coercition : v. art. 8 al. 2, b, xxii) du Statut de Rome, élément du crime n°2 : « *L'auteur a contraint ladite ou lesdites personnes à accomplir un ou plusieurs actes de nature sexuelle*.

[1053] L'emploi de la force est le premier moyen de commission des infractions sexuelles identifié par les éléments des crimes. Pour le viol, v. art. 8 al. 2, b, xxii)-1 et art. 8 al. 2, e, vi)-1, élément du crime n°2 ; Pour la prostitution forcée, v. art. 8 al. 2, b, xxii)-3 et art. 8 al. 2, e, vi)-3, élément du crime n°1 ; Pour les autres formes de violences sexuelles, v. art. 8 al. 2, b, xxii)-6 et art. 8 al. 2, e, vi)-6, élément du crime n°1.

[1054] Par exemple, les éléments des crimes prévoient que *le fait de contraindre un individu à servir les forces d'une puissance ennemie* peut être commis au moyen d'une menace. v. *Éléments des crimes*, articles 8 al. 2, a, v) et 8 al. 2, b, xv) du Statut de Rome, élément du crime n°1.

[1055] On peut citer le déni de quartier, incriminé à l'article 8 al 2, b, xii) du Statut de Rome. Son élément matériel consiste, d'après les éléments des crimes, que l'agent ait déclaré qu'il n'y aurait pas de survivants ou *ordonné* qu'il n'y en ait pas (V. élément du crime n°1).

[1056] Art. 7 al. 2, d) du Statut de Rome.

[1057] *Éléments des crimes*, art. 7 al. 1, d) du Statut de Rome, élément du crime n°1, n.b.p. n°12.

On peut également se référer aux crimes à caractère sexuel pour en rendre compte[1058]. Plusieurs incriminations composent cette catégorie infractionnelle, dont certaines se distinguent par leur remarquable degré précision. S'agissant du viol par exemple, il est énoncé que la pénétration de la victime doit avoir été effectuée par « *par la force ou en usant à l'encontre de ladite ou desdites ou de tierces personnes de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement* »[1059]. Vu l'éventail des adminicules énumérés, il est clair que la détermination des moyens infractionnels n'a ici aucune fonction sélective. Elle sert simplement à illustrer les différents actes susceptibles de caractériser les infractions sexuelles pouvant être commises dans le cadre d'une entreprise criminelle contre l'humanité.

438. Absence d'uniformité des actes qualifiés par les incriminations de génocide. – Le même constat s'impose, en troisième lieu, relativement au génocide. Parmi les différents crimes sous-jacents, un seulement est défini au regard d'un acte singulier, soit le transfert forcé d'enfants. Comme le suggère son libellé, il implique que le déplacement illicite ait été opéré *de force*[1060]. Pour autant, la qualification de l'acte n'est qu'apparente dès lors qu'il est admis que « *le terme "de force" ne se limite pas à la force physique et peut comprendre un acte commis en usant à l'encontre de ladite ou desdites ou de tierces personnes de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un climat coercitif* »[1061]. Moins qu'à un procédé déterminé, c'est en réalité à l'absence de consentement au déplacement des enfants que semble bien renvoyer le terme « *de force* ». En tout état de cause, il apparaît là encore qu'il n'est aucune limite à la qualification du crime international, l'étendue des procédés considérés montrant qu'il peut finalement être accompli par tout moyen.

439. Transition. – La disparité des comportements infractionnels qualifiés par les incriminations montre ainsi qu'il n'est aucun mode d'exécution qui soit typique des infractions internationales. Ce constat s'impose avec d'autant plus de force que la plupart des incriminations ne définissent pas les comportements incriminés dans leur matérialité.

[1058] Étant entendu que ces crimes sexuels sont incriminés, dans les mêmes termes, en tant que crime de guerre (v. art. 8, al. 2, b, xxii) et art. 8, al. 2, e, vi) du Statut de Rome). Les remarques sont donc également valables pour ce qui concerne cette dernière infraction internationale.
[1059] *Éléments des crimes*, art. 7 al. 1, g-1, du Statut de Rome, élément du crime n°2. Les actes de prostitution forcée et de violences sexuelles autres sont décrits dans les mêmes termes. V. respectivement l'article 7 al. 1, g-3, du Statut de Rome, élément du crime n°1 et l'article 7 al. 1, g-6, du Statut de Rome, élément du crime n°1.
[1060] *Éléments des crimes*, art. 6 al. e) du Statut de Rome, élément n°1.
[1061] *Éléments des crimes*, art. 6 al. e) du Statut de Rome, élément n°1, n.b.p. n°5.

b- L'incrimination de comportements indéfinis

440. L'indétermination généralisée des actes d'exécution du crime de guerre. – L'absence de définition des comportements constituant les infractions internationales ressort, d'abord, de l'examen des incriminations de crime de guerre. Dans leur grande majorité, celles-ci se contentent de déterminer un résultat illicite, sans définir le comportement qui est de nature à l'engendrer. Plusieurs crimes peuvent être pris en exemple, tels que « *le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé* »[1062] ou « *le fait de priver une personne protégée de son droit d'être jugé régulièrement* »[1063]. Plus encore, certaines incriminations ne font même pas mention du fait illicite. L'infraction est purement et simplement réduite à un résultat, comme l'illustre le crime d' « *atteintes à la dignité de la personne* »[1064].

À défaut de détermination de l'acte d'exécution, il faut donc considérer que le résultat incriminé peut être accompli par tout moyen, ce qui induit que les comportements punissables peuvent, dans les faits, recouvrir une multitude de formes objectives.

441. L'indétermination généralisée des actes d'exécution du crime contre l'humanité. – Le constat est le même s'agissant du crime contre l'humanité. Les exemples peuvent être multipliés : ni la définition du meurtre[1065], ni celle de la torture[1066] ou encore de la persécution[1067] n'exigent que l'atteinte illicite ait résulté d'un comportement spécifique. Dans certains cas, l'incrimination vise toutefois un procédé particulier, mais sans toutefois subordonner la constitution de l'infraction à son emploi. C'est le cas, par exemple, du crime d'extermination qui est défini comme « *le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculée pour entraîner la destruction d'une partie de la population* »[1068]. La privation médicale et alimentaire ne constitue en aucun cas un mode de commission nécessaire de l'infraction en cause, sinon un simple exemple de fait susceptible de caractériser l'infraction comme le signale la locution « *telles que* ».

[1062] Art. 8 al 2, a, iii) du Statut de Rome.
[1063] Art. 8 al 2, a, vi) du Statut de Rome.
[1064] Art. 8 al. 2, b, xxi) du Statut de Rome. V. également l'article 8 al. 2, c, i) du Statut de Rome qui incrimine « *les atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels et la torture* » (nous soulignons).
[1065] Art. 7, al. 1, a) du Statut de Rome. Le meurtre consiste, d'après la définition posée par les éléments de crime, dans le fait de tuer une ou plusieurs personnes, le terme tuer étant interchangeable avec l'expression « *causer la mort de* ». v. *Éléments des crimes*, art. 7 al. 1, a, élément du crime n°1 et n.b.p. n°7.
[1066] Art. 7, al. 1, f) du Statut de Rome. L'élément matériel de la torture consiste dans le fait d'infliger une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales. V. art. 7 al. 2, e) du Statut de Rome.
[1067] Art. 7, al. 1, h) du Statut de Rome. L'élément matériel de la persécution est défini comme « *le déni grave de droits fondamentaux en violation du droit international* ».
[1068] Art. 7, al. 2, b) du Statut de Rome.

Mais une infraction illustre, plus que toutes les autres, cette logique d'incrimination et mérite en cela d'être distinguée : il s'agit des *autres actes inhumains*[1069]. Elle constitue la figure emblématique des crimes dont la substance est indéterminée. La nébulosité du qualificatif « *inhumain* » empêche en effet de discerner la matérialité des comportements considérés. Le seul indice que renferme le texte d'incrimination est assis dans le terme « autre ». Il signale que cette qualification est subsidiaire, en ce sens qu'elle est vouée à s'appliquer aux comportements qui ne ressortiraient d'aucun des crimes contre l'humanité « dénommés ». C'est d'ailleurs ce que laisse entendre la jurisprudence lorsqu'elle explique qu'il s'agit d'« *une catégorie supplétive à l'intérieur du système de l'article 7-1 du Statut* »[1070]. Cela étant, le champ d'application de cette incrimination ouverte est aujourd'hui moins étendu que par le passé, le statut de Rome consacrant une condition limitante : l'acte inhumain doit avoir emporté une atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale, ou une atteinte à la santé[1071]. En dépit de cette restriction, sans doute intégrée pour désamorcer toute critique tenant au respect du principe de légalité[1072], le champ des conduites susceptibles de tomber sous le coup de cette qualification reste foncièrement large étant donné qu'il existe une infinité de moyens de causer de telles atteintes.

442. L'indétermination généralisée des actes d'exécution du crime de génocide. – Enfin, le génocide ne fait pas figure d'exception. Les crimes sous-jacents de cette infraction sont là encore essentiellement définis par référence à un résultat, sans que ne soient précisées ses modalités de réalisation. Le crime consistant à soumettre le groupe à des conditions de vie devant entraîner sa destruction physique peut être pris en exemple, le contenu du fait de soumission incriminé n'étant pas défini. De la même façon, *les mesures* visant à entraver les naissances au sein du groupe ne sont pas distinguées. Mais l'exemple le plus représentatif est procuré par le crime *d'atteinte à l'intégrité physique ou mentale*, puisque son libellé ne fait même pas référence à une quelconque attitude : cette infraction se résume, en réalité, à un résultat.

443. Transition. – Ainsi, dans la majorité des cas, les incriminations ne définissent pas les comportements infractionnels sous-jacents. La conséquence qui en découle est que la détermination des actes d'exécution punissables se trouve entièrement dévolue à la jurisprudence.

[1069] Art. 7 al. 1, k) du Statut de Rome.
[1070] CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Muthaura, Kenyatta et Ali*, préc., n°259. V. également : TPIY, jugement *Vasiljević*, préc., n°234.
[1071] Art. 7 al. 1, k) du Statut de Rome.
[1072] Pour certains auteurs, en tout cas, cette limitation gage du respect du principe de la légalité criminelle : Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit.*, p. 63 : « *le chef "autres actes inhumains" n'est en rien critiquable car le type d'actes qu'il incrimine est dorénavant clairement défini ; on ne saurait donc plus lui reprocher de causer une quelconque incertitude quant au contenu du droit international pénal et quant à sa validité par rapport au principe de légalité* ».

2- La détermination judiciaire des comportements punissables

444. L'influence de la conception de la causalité sur la délimitation du champ répressif des infractions. – La technique d'incrimination consistant à définir le fait infractionnel au regard de sa seule propriété causale confère de vastes pouvoirs aux juges. La circonscription du domaine répressif des infractions internationales va en effet être fonction de la conception de la causalité embrassée par la jurisprudence : plus celle-ci est souple, plus le champ d'application des infractions va être étendu, et inversement.

445. Conception jurisprudentielle de la théorie de la causalité. – L'examen de la jurisprudence pénale internationale montre toutefois que cet élément de causalité, aussi crucial qu'il soit, n'a pas vraiment retenu l'attention des juridictions. De manière générale, les décisions rendues ne définissent pas le critère applicable. En réalité, les seules remarques ayant été effectuées à ce propos sont relatives au crime d'homicide intentionnel : à suivre ces déclarations ponctuelles, « *la conduite de l'accusé doit être une des causes majeures de la mort de la victime* »[1073]. Cela étant, les juges n'ont assorti cette affirmation d'aucune précision si bien qu'il est difficile de cerner la conception de la causalité adoptée.

Le recours au droit interne, s'il peut parfois se révéler utile à la compréhension d'un concept, n'est ici guère éclairant. Le critère susmentionné ne fait écho à aucune des théories de la causalité admises par la doctrine française : celle-ci a notamment conceptualisé le système l'équivalence des conditions[1074], la causalité adéquate[1075] ou encore la *causa proxima*[1076], mais aucune théorie causale n'a jamais émergé sous le libellé de « causalité majeure ».

Reste alors le recours à la sémantique. Le terme majeur renvoyant communément à ce qui est *le plus grand*, *le plus considérable, le plus important*[1077], le critère dégagé invite *a priori* à porter un jugement de valeur sur les différents évènements à l'origine du dommage, pour ne retenir que les conditions ayant *principalement* contribué à sa survenance. De ce point de vue, la conception de la causalité adoptée par la jurisprudence internationale serait à la fois sélective et qualitative : sélective parce qu'elle implique un tri des faits générateurs du dommage, et

---

[1073] TPIY, jugement *Delalić et consorts*., préc., n°424 ; TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°229 ; CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Katanga et Ngudjolo Chui*, préc., n°296.

[1074] Le système de l'équivalence des conditions tient pour équivalent tous les antécédents du résultat infractionnel. Il ne privilégie donc aucun évènement : « *est une cause, l'acte qui a été la condition sine qua non du résultat alors même qu'il serait lointain ou médiat* » : J.-C. SAINT-PAU, « Les causalités dans la théorie de l'infraction », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques Henri-Robert*, LexisNexis, 2012, p. 683, n°10.

[1075] La théorie de la causalité adéquate, à la différence de l'équivalence des conditions, est sélective : « *elle retient le ou les antécédents du résultat qui, selon le cours naturel des choses, étaient à même de produire le résultat. Cette théorie prospective conduit à porter un jugement de valeur sur le pouvoir objectivement causal d'un fait pour en déduire une causalité concrète* » : J.-C. SAINT-PAU, « Les causalités dans la théorie de l'infraction », *loc. cit.*

[1076] La théorie de la *causa proxima* tient pour cause le fait le plus rapproché, sur le plan temporel, de la survenance du résultat infractionnel. Elle invite donc à rechercher le dernier fait intervenu dans l'enchaînement causal. v. J.-C. SAINT-PAU, « Les causalités dans la théorie de l'infraction », *loc. cit.*

[1077] Dictionnaire en ligne du Centre national de ressources textuelles et lexicales. http://www.cnrtl.fr.

qualitative car elle sous-tend que seuls les faits ayant joué un rôle prépondérant dans la survenance dudit dommage en sont les causes. À en croire cette analyse, les juges internationaux auraient donc opté pour une approche plutôt stricte de la causalité. L'examen de la pratique judiciaire contredit toutefois cette analyse car elle montre que les juges tiennent pour faits causals des comportements qui n'entretiennent qu'un rapport accessoire avec le résultat dommageable, et donc des comportements dans lesquels il est impossible de voir une cause *majeure* du résultat.

446. Intégration de faits négatifs dans le champ des actes d'exécution répréhensibles. – Cela ressort, en premier lieu, de l'intégration de faits négatifs au champ des comportements d'exécution répréhensibles. À rebours du principe prévalant en droit français[1078], la jurisprudence internationale assimile en effet l'action et l'omission dans le cadre de l'opération de qualification[1079]. Pour prendre un exemple concret, il est admis que le crime de meurtre, défini comme *le fait de causer la mort* d'autrui, puisse indistinctement être caractérisé par une action ou une abstention[1080]. Cette solution montre que la cause majeure ne s'entend pas d'une cause prépondérante. Si tant est qu'on reconnaisse qu'une omission puisse être causale[1081], c'est tout au plus au motif qu'elle *facilite* la survenance du résultat dommageable, en ne venant pas rompre le cheminement du mal, qu'on peut lui affecter un caractère fautif[1082]. Or, à la différence de l'action qui génère, celle qui facilite est toujours accessoire à la réalisation d'un phénomène. L'omission, par nature, est forcément une cause

---

[1078] Le rejet de la commission par omission tient essentiellement à la règle de l'interprétation stricte de la loi pénale, qui est un corollaire du principe de légalité : là où l'infraction est définie par référence à un fait positif, on ne peut étendre l'incrimination à de simples abstentions. Sur ce point, v. not. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, *op. cit*., n°483 ou encore Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°170. Le droit français fait néanmoins figure d'exception car la majorité des systèmes juridiques, de *common law* comme de droit romano-germanique, admettent la commission par omission : v. M. DUTTWILER « Liability for Omission in International Criminal Law », *International Criminal Law Review*, vol. 6, n°1, 2006, pp. 30-44.

[1079] Cette forme de prise en compte de l'omission fautive doit être soigneusement distinguée de celle intervenant au stade de *l'imputation* de l'infraction. Il ne s'agit pas, ici, d'un mode de *participation à l'infraction d'autrui* fondée dans un comportement passif, comme il en va par exemple de la responsabilité du supérieur hiérarchique (sur ce mode de responsabilité, v. *infra*, n°579 et s.), mais bien de la *constitution* de l'infraction : c'est reconnaître, ce faisant, que l'on puisse *commettre* un résultat dommageable en s'abstenant d'agir.
En ce sens, voir les jurisprudences suivantes qui interprètent le terme « *commettre* » comme couvrant des actions positives comme négatives : TPIY, jugement *Stakić*, préc., n°439 ; TPIY, appel *Tadić*, préc., n°188 ; TPIY, jugement *Krstić*, préc., n°601 ; TPIY, jugement *Kunarac et consorts*, préc., n°390. Pour la jurisprudence de la CPI, voir notamment la décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Lubanga*, préc., n°351 dans laquelle cette conception extensive de la notion de commission se déduit de la définition qui a été donnée de l'élément moral de la coaction indirecte.

[1080] TPIY, jugement *Delalić et consorts*, préc., n°424 ; TPIY, jugement *Vasiljević*, préc., n°205 ; TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°229 ; TPIY, jugement *Blaskić*, préc., n°153 ; TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°589 ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°786 ; CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Bemba Gombo*, préc., n°274.

[1081] *Contra* : Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°308 qui considèrent que l'omission est, par nature, non causale, dès lors que « *ne pas empêcher n'est pas causer* ».

[1082] J.-C. SAINT-PAU, « Les causalités dans la théorie de l'infraction », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques Henri-Robert*, LexisNexis, 2012, p. 684, n°13.

secondaire. Il est donc impossible de considérer qu'un fait négatif puisse constituer la cause *principale* d'un résultat dommageable.

L'admission de la commission par omission, qui du reste dépasse le seul champ du crime du meurtre[1083], montre ainsi que la conception de la causalité embrassée par la jurisprudence est moins restrictive qu'il n'y paraît.

447. Intégration de faits indirects dans le champ des actes d'exécution répréhensibles. – La souplesse de la conception jurisprudentielle de la causalité ressort, en second lieu, du fait qu'elle intègre au champ des crimes sous-jacents des comportements qui n'ont joué qu'un rôle indirect dans la survenance du résultat incriminé. Tout fait s'intercalant dans le processus dommageable est réputé causal, peu important qu'il ait été à même de générer, à lui seul, le résultat incriminé. En réalité, il suffit qu'il ait agi d'une manière ou d'une autre sur sa survenance, y compris par l'intermédiaire d'une action médiate. Cette solution achève de démontrer que la notion de cause majeure ne doit pas être entendue au sens de cause prépondérante puisqu'il en ressort que des actions dépourvues, en tant que telles, d'efficience dommageable, et donc des évènements mineurs, vont pouvoir être tenues pour cause du résultat incriminé. De cette interprétation extensive de la causalité constitutive, il découle que les qualifications sous-jacentes peuvent être appliquées à une infinité de comportements, indépendamment des propriétés matérielles décrites par les textes d'incrimination. Plusieurs exemples permettent de s'en convaincre.

[1083] La jurisprudence précise au cas par cas la matérialité des infractions sous-jacentes. L'indentification des crimes sous-jacents susceptibles d'être constitués par une action comme par une omission est donc opérée au gré des décisions rendues.
En matière de crime de guerre, il a été notamment établi que la commission par omission valait pour les atteintes à l'intégrité corporelle ou à la santé (TPIY, jugement *Delalić et consorts*, préc., n°511) ; le crime de torture (TPIY, jugement *Delalić et consorts*, préc., n°468 et n°494) ; les atteintes à la dignité (TPIR, jugement *Bagosora et consorts*, préc., n°2250 ; CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Katanga et Ngudjolo Chui*, préc., n°368) et plus spécifiquement, les traitements inhumains et dégradants (TPIY, jugement *Delalić et al*., préc., n°543 et n°552 ; TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°265 ; CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Katanga et Ngudjolo Chui*, préc., n°357 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Ntagerura et consorts*, jugement (ICTR-99-4-T), ch. prem. inst. III, 25 fév. 2004, n°765 (ci-après : « jugement *Ntagerura et consorts* ») ou encore le crime de déplacement forcé (CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°1081).
En matière de crime contre l'humanité, la jurisprudence a notamment admis que les crimes suivants pouvaient être indistinctement constitués par des actions ou omissions : l'extermination (TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°592 ; TPIY, jugement *Bagosora et consorts*, préc., n°2191), la torture (TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°594 ; TPIY, jugement *Krnojelac*, préc, n°179), la persécution (TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°189 ; TPIY, jugement *Kupreškić et consorts*, préc., n°517 ; TPIY, arrêt *Kvočka et consorts*, préc., n°320 ; TPIY, jugement *Bagosora et consorts*, préc., n°2208) ou encore la catégorie des autres actes inhumains (TPIY, jugement *Bagosora et consorts*, préc., n°2218 ; TPIR, jugement *Musema*, préc., n°232.
Enfin, pour le génocide, la jurisprudence l'a admis pour le crime d'atteinte à l'intégrité physique ou mentale des membres du groupe (TPIY, jugement *Kristić*, préc., n°511) ainsi que pour la soumission intentionnelle à des conditions d'existence devant entraîner la destruction physique totale ou partielle du groupe, puisqu'il est bien ancré que celle-ci peut résulter d'un comportement consistant à *priver* les membres du groupe de nourriture ou de soins par exemple, ce qui renvoie à un comportement passif (v. TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°506 ; TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°115-116).

448. Exemple pris de l'application du meurtre à des faits de provocation au suicide. – Le jugement *Krnojelac* fournit une première illustration. Dans cette affaire, l'accusé était notamment poursuivi du chef de meurtre, à la fois constitutif de crime de guerre et de crime contre l'humanité, à raison du suicide d'une personne détenue. L'accusation avançait que les actes et omissions de l'accusé, à savoir l'infliction de sévices graves, l'absence subséquente de soins médicaux et l'envoi de la victime au cachot, avaient déterminé la victime à se donner la mort, de sorte que la qualification de meurtre pouvait trouver à s'appliquer[1084]. Si la chambre considéra que les circonstances ayant conduit en l'espèce la victime à se suicider étant trop ambigües pour que l'on puisse raisonnablement conclure à l'existence d'un tel lien de cause à effet (certains témoins ayant rapproché le suicide du détenu à une dépression due à sa situation familiale)[1085], elle acquiesça toutefois au raisonnement. De son avis, la qualification de meurtre peut effectivement trouver à s'appliquer s'il est établi que le comportement de l'accusé a conduit la victime à s'ôter la vie[1086]. Au plan théorique, cette décision marque la possibilité d'inclure dans la sphère du meurtre des agissements dépourvus de caractère mortifère propre, soit des agissements ne présentant pas la typicité matérielle de cette infraction.

449. Exemple pris de l'application de qualification de déportation et de transfert forcés à une pluralité de faits, dont des faits de destructions de biens. – La jurisprudence de la CPI renferme également des exemples éloquents, dont un peut être pris du syllogisme opéré dans l'affaire *Ruto, Arap et Sang*. Définissant le crime de déportation et de transfert forcé constitutif de crime contre l'humanité, la Cour a relevé qu'il fallait que l'auteur ait adopté différents comportements « *dont on pouvait considérer qu'ils reviennent à expulser des personnes ou qu'ils forment d'autres moyens coercitifs, et tendent à forcer la région où elle se trouve légalement, ainsi que le requièrent l'article 7-2-d du Statut et les Éléments de crimes* »[1087]. Si le premier terme de l'alternative vise des actes d'expulsion à proprement parler, le second autorise explicitement à concevoir comme tels des actes qui auraient simplement contribué à créer la situation ayant permis la réalisation du résultat, en l'occurrence le déplacement des populations considérées. De fait, et la jurisprudence n'a pas manqué de le reconnaître, « *les comportements constitutifs de ce crime vont pouvoir prendre plusieurs formes* »[1088]. Les décisions rendues en témoignent clairement. Dans l'affaire susmentionnée, la Cour a appliqué la qualification de déportation et de transfert forcé à des faits de meurtres, incendies et destructions de biens dès lors qu'ils avaient eu « *pour effet de contraindre à fuir de la région* » les victimes prises pour cible[1089]. Il en est de même dans l'affaire *Muthaura, Kenyatta* et *Ali*, dans laquelle la Cour, relevant que « *la destruction de logements dans des zones*

[1084] TPIY, jugement *Krnojelac*, préc., n°328.
[1085] *Ibid*., n°342.
[1086] *Ibid*., n°329.
[1087] CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Ruto, Kogsey et Sang*, préc., n°244.
[1088] *Ibid*.
[1089] *Ibid*., n°251.

d'habitation, la brutalité des meurtres et des atteintes à l'intégrité physique, le viol de personnes tenues pour des partisans de l'ODM et les déclarations publiques proclamant que "tous les Luo doivent partir" constituent des moyens coercitifs ayant poussé les habitants de Nakuru et de Naivasha attaqués à quitter leur logement et à chercher refuge dans des camps de déplacés »[1090], a confirmé les charges de déportation et de transfert forcé. On peut encore citer la décision d'autorisation de l'ouverture d'une enquête sur la situation en Géorgie, dans laquelle la Chambre a estimé que les moyens coercitifs employés par les forces d'Ossétie du sud pour créer une atmosphère de terreur au sein de la population civile géorgienne et ainsi la forcer à abandonner le territoire incluaient des faits de meurtres, de violences sévères, de menaces et d'intimidation, de détention, de pillage et enfin de destruction de biens[1091]. Cette série de décisions démontre à nouveau que les juges internationaux n'hésitent pas à user de toute la latitude que leur laisse l'imprécision des textes pour étendre l'application des infractions à un large panel de comportements. Plus encore, elles laissent constater que cela peut conduire à l'intégration dans le champ des infractions de certains faits qui leur sont *a priori* étrangers : en l'occurrence, des faits de destruction de biens ont été qualifiés de crime contre l'humanité alors qu'ils ne correspondent à aucun crime sous-jacent de cette infraction.

450. Exemple pris de l'application de la qualification de génocide à des faits de torture, de violences sexuelles ou de déplacements forcés. – Enfin, cette approche extensive de la causalité constitutive se retrouve en matière de génocide, ce qui réduit à peu de chose la spécificité matérielle de cette infraction, déjà bien relative. En effet, des actes dépourvus de l'effet destructeur supposément caractéristique du génocide vont pouvoir être qualifiés de la sorte, pour peu qu'ils se soient greffés à un processus dommageable de cette nature : cela fut le cas, par exemple, de faits de torture[1092], de violences sexuelles[1093] ou encore de déplacements forcés de femmes, enfants et personnes âgées[1094]. Ces exemples choisis montrent ainsi qu'une

---

[1090] CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Muthaura*, *Kenyatta* et *Ali*, préc., n°244 (notes de bas de page omises).

[1091] CPI, *Situation in Georgia,* Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation, ICC-01/15-12, Ch. prélim. I, 27 janvier 2016, n°22.

[1092] v. not. : TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°504 ; TPIR, jugement *Rutaganda*, préc., n°52. Les juges ont défini les atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale comme incluant les actes de torture, qu'elle soit physique ou mentale.

[1093] v. not. : TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°504 et n°731 ; TPIR, jugement *Bagosora et consorts*, préc., n°2117. Les violences sexuelles étant constitutives, en l'espèce, d'atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale.

[1094] v. not. : TPIY, jugement *Blagojević et Jokić*, préc., n°650-654. Les déplacements forcés étant constitutives, en l'espèce, d'atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale. A noter que le bureau du Procureur de la CPI a tenu le même raisonnement dans la requête qu'il a adressée à la Chambre préliminaire aux fins de la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar al Bashir, les déplacements forcés commis au Darfour par les forces soudanaises ayant été présentés comme étant constitutifs de génocide par atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale (le bureau du procureur retient également la qualification de soumission à des conditions de vie devant entraîner la destruction physique totale ou partielle du groupe). V. CPI, *Situation au Darfour (Soudan), Public redacted version of the Prosecutor's application under article 58*, ICC-02/05-157-AnxA, Office of the Prosecutor, 14 juillet 2008, n°10 : « *AL BASHIR thus forced the displacement of a substantial part of the target groups and then continued to target them in the camps for internally displaced persons (hereafter "IDPs"), causing serious bodily and mental harm – through rapes, tortures and forced displacement in traumatising conditions – and de-*

multitude de conduites peut finalement caractériser le génocide[1095], sans qu'il ne soit possible de leur reconnaître une quelconque originalité.

451. Bilan. – La conception jurisprudentielle de la causalité constitutive des crimes sous-jacents se révèle ainsi bien plus souple que ne le laissait présager le critère de cause majeure : en réalité, elle permet de corréler une infinité de conduites au résultat incriminé, y compris des conduites qui ne revêtent pas la typicité matérielle décrite par l'incrimination sous-jacente. De ce point de vue, aucune infraction internationale ne se caractérise donc par une attitude matérielle spécifique.

452. Conclusion de la Section 1. – La conclusion de cette analyse des critères substantiels des faits sous-jacents est que les actes d'exécution punissables ont pour seul caractère constant leur injustice, quoique cet élément ne revête pas la même valeur selon les infractions considérées. S'il est un critère discriminant des crimes de guerre, en ce sens que seuls les faits de guerre injustes en sont constitutifs, il n'opère en revanche aucune sélection pour ce qui concerne les entreprises criminelles contre l'humanité et génocide puisque tous les comportements s'intégrant en leur sein présentent par nature un caractère injuste.

Pour le reste, tout acte d'exécution apparaît justiciable du droit international pénal sans considération aucune pour ses caractères matériels. Compte tenu de l'étendue des résultats incriminés par les infractions sous-jacentes, la réalisation du projet d'ensemble peut s'extérioriser dans une multitude d'atteintes et étant donné que les moyens de parvenir à ces résultats sont globalement indéterminés, une infinité de comportements est susceptible de caractériser les infractions internationales. C'est dire que la détermination de la matérialité des crimes sous-jacents n'a aucune fonction sélective : tout fait concrétisant une participation injuste à la réalisation de l'entreprise d'ensemble apparaît répréhensible. En réalité, la description des conduites sous-jacentes semble essentiellement vouée à pourvoir le système normatif d'une apparence de légalité. Toujours est-il que les garanties offertes sont bien en deçà des exigences principielles puisqu'en définitive, des agissements ne correspondant pas aux comportements décrits vont pouvoir être intégrés à la catégorie des infractions internationales. À ce stade, on peut donc établir que le crime de guerre, le crime contre l'humanité et le génocide couvrent une vaste gamme de participations à l'entreprise d'ensemble. Il reste désormais à déterminer si les éléments de définitions personnels des crimes sous-jacents viennent réduire le champ des possibles.

---

liberately inflicting on a substantial part of those groups conditions of life calculated to bring about their physical destruction, in particular by obstructing the delivery of humanitarian assistance ».

[1095] Pour une présentation plus fournie des différents faits auxquels la qualification de génocide a pu être appliquée dans la pratique, v. M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., pp. 352-394.

Section 2. Les éléments personnels des actes d'exécution

453. Détermination *ratione personae* des comportements d'exécution punissables. – L'entreprise à laquelle s'intègre le fait sous-jacent présente une double dimension collective : par ses acteurs d'abord, celle-ci étant conduite par une organisation[1096], et par sa victime ensuite, celle-ci ciblant un groupe humain déterminé[1097]. Se pose alors la question de savoir si les sujets actifs et passifs du crime de guerre, du crime contre l'humanité et du génocide doivent appartenir à ces entités. En d'autres termes, faut-il que celui-ci soit commis par un membre de l'organisation ? Doit-il léser un membre du groupe ciblé par l'organisation ? En étudiant successivement ces deux éléments de définition personnels que sont l'auteur (§1) et la victime (§2) du comportement constitutif des infractions internationales, on verra que la réponse à ces interrogations peut varier selon les qualifications envisagées.

§1. L'auteur de l'acte d'exécution

454. Indifférence à la qualité de l'auteur. – Les textes d'incrimination ne posent aucune condition relative à l'auteur du fait sous-jacent ce qui signale, *a priori*, que la qualité de l'agent exécutant l'entreprise d'ensemble est indifférente. Cette question a toutefois nourri certains débats en jurisprudence et en doctrine, le système dual de l'infraction internationale ayant parfois été conçu comme impliquant l'établissement d'un certain lien entre l'agent et l'organisation collective soutenant la mise en œuvre de l'entreprise contextuelle. Il n'en demeure pas moins que la solution admise en l'état actuel du droit positif reste celle de l'indifférence à la qualité de l'auteur du fait sous-jacent, que l'on raisonne sur le crime de guerre (A), sur le crime contre l'humanité (B) ou sur le génocide (C).

A. L'indifférence à la qualité de l'auteur du crime de guerre

455. Indifférence à l'appartenance de l'agent au groupe armé. – La réalité sociologique du conflit armé est telle que l'on se figure, intuitivement, l'existence d'une certaine cohésion au sein des groupes armés engagés dans la lutte et, consécutivement, l'affiliation des exécutants aux parties dont ils servent la cause. Cette représentation commune ne trouve toutefois aucun écho dans la définition juridique du crime de guerre, l'appartenance de l'auteur du fait sous-jacent au groupe armé n'étant pas érigée en élément constitutif de l'infraction.

456. Indifférence à l'appartenance statutaire de l'auteur au groupe armé. – La jurisprudence confirme pleinement cette lecture. D'une part, il est largement admis que le statut

[1096] V. *supra*, n°198 et s.
[1097] V. *supra*, n°26 et s.

de l'auteur du crime sous-jacent est sans incidence sur la qualification du crime de guerre. Certes, les premiers destinataires des normes d'incrimination sont les individus formant les rangs du groupe armé partie au conflit, c'est-à-dire les membres des forces armées. De fait donc, les règles du droit humanitaire « *s'adressent essentiellement aux personnes qui, du fait de leur autorité, sont responsables de l'ouverture des hostilités ou qui sont autrement engagées dans la conduite de celles-ci. La catégorie des personnes pouvant être tenues responsables à cet égard se limiterait dans la plupart des cas aux commandants, combattants et autres membres des forces armées* »[1098]. Il reste que le champ d'application du crime de guerre n'est en aucun cas limité aux forfaits commis par les membres des forces armées ; il s'agit seulement de son domaine de réalisation privilégié. En effet, la possibilité de tenir un civil pour responsable de la commission d'un crime de guerre a toujours été admise. Plusieurs jugements de l'après-guerre en témoignent. On peut d'abord évoquer l'affaire *Hadamar*, dans laquelle les membres du personnel de l'hôpital psychiatrique éponyme ayant œuvré à la mise en œuvre de la politique nazie d'euthanasie des individus présentant des troubles mentaux ont été déclarés coupables de crime de guerre[1099]. De même, dans l'affaire du *lynchage d'Essen*, trois civils allemands ont été condamnés du chef de crime de guerre pour avoir battu à mort un prisonnier de guerre[1100]. Enfin, dans l'affaire *Zyklon B*, les tribunaux militaires ont admis que des civils, en l'espèce des industriels ayant fourni le gaz utilisé pour l'extermination des prisonniers des camps de concentration nazis, puissent être déclarés complices de crimes de guerre[1101]. La jurisprudence des TPI a ensuite fait sienne cette conception. Partant du principe que le but du droit des conflits armés est de protéger les personnes exposées aux conflits armés contre toute forme d'atrocités, le TPIR déclara que « *les lois de la guerre doivent s'appliquer de la même façon aux civils qu'aux combattants au sens classique du terme* »[1102]. Ainsi, il est clair que la qualification du crime de guerre n'est pas subordonnée au rattachement statutaire de l'auteur du fait sous-jacent au groupe armé organisé conduisant l'entreprise martiale.

457. Indifférence à l'appartenance organique de l'auteur au groupe armé. – Sans remettre en question cette solution bien ancrée, la jurisprudence a toutefois pu considérer qu'il fallait établir l'existence de certaines relations systémiques entre l'agent et le groupe partie au conflit pour que le crime de guerre soit constitué. Dans le jugement *Akayesu*, les juges du TPIR ont effectivement avancé que la catégorie des auteurs du crime de guerre se limitait aux

---

[1098] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°630.

[1099] *The Hadamar trial, Trial of Alfons Klein and six others,* (Case n°04), Law reports of trials of war criminals, London, The United Nations war crimes commission, 1947, vol. I, p. 53-54 : « *the provisions of the laws and customs of war are addressed ·not only to combatants but also to civilians, and that civilians, by committing illegal acts against nationals of the opponent, may become guilty of war crimes* ».

[1100] *The Essen lynching case*, *Trial of Erich Heyer and six others* (Case n°08), Law reports of trials of war criminals, London, The United Nations war crimes commission, 1947, vol. I, p. 88 et s.

[1101] *The Zyklon B Case*, *Trial of Bruno Tesch and two others* (Case n°09), Law reports of trials of war criminals, London, The United Nations war crimes commission, 1947, vol. I, p. 93 et s. spécif. p. 103.

[1102] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°634. V. également, TPIR, jugement *Musema*, préc., n°274 ; TPIR, jugement *Rutaganda*, préc., n°97.

« *individus de tout rang qui appartiennent aux forces armées sous le commandement militaire de l'une ou l'autre des parties belligérantes, ou aux individus qui ont été dûment mandatés et qui sont censés soutenir ou mettre en œuvre les efforts de guerre du fait de leur qualité de responsables ou agents de l'État ou de personnes occupant un poste de responsabilité ou de représentants de facto du Gouvernement* »[1103]. Si l'on généralise cette affirmation, qui se rapporte ici spécifiquement à la situation où le groupe armé belligérant est un État, seuls les forfaits commis par un organe du groupe partie au conflit devraient pouvoir être constitutifs d'un crime de guerre. Mais cette conception a été formellement censurée par la Chambre d'appel. De son avis, aucune disposition n'autorise une telle interprétation. L'incrimination doit pouvoir être appliquée indépendamment de l'existence d'un rapport particulier entre l'agent et l'organisation belligérante[1104]. Il s'ensuit que la responsabilité de toute personne, sans distinction, doit pouvoir être engagée dans la mesure où son comportement participe de la réalisation de l'objet du conflit armé. La jurisprudence postérieure a reconduit cette solution[1105], à l'exception d'une décision isolée dans laquelle les juges ont ratifié cette approche restrictive du champ d'application personnel de l'incrimination[1106]. Cette interprétation est, du reste, parfaitement logique au regard de la définition admise de la notion de groupe armé organisé en droit international pénal. Il a été vu qu'il n'est attaché aucune importance particulière aux caractéristiques structurelles du groupe armé. Peu importe qu'il fasse état d'un fonctionnement hiérarchisé et que les rôles de ses membres soient strictement délimités[1107]. Conditionner la qualification du crime de guerre à l'appartenance organique de l'agent au collectif aurait introduit une exigence implicite de structuration du groupe armé, en contradiction avec l'interprétation admise de cette notion.

458. Transition. – La constitution du crime de guerre ne requiert donc aucunement que l'auteur du fait sous-jacent appartienne, statutairement ou organiquement, au groupe armé partie au conflit. Tout comportement d'exécution injuste de l'entreprise martiale peut donc être constitutif d'un crime de guerre, quelle que soit la qualité de l'agent. La même solution se dégage de l'analyse du crime contre l'humanité.

B. L'indifférence à la qualité de l'auteur du crime contre l'humanité

459. L'absence d'exigence textuelle. – Comme le crime de guerre, le crime contre l'humanité n'a jamais été conditionné par l'appartenance de l'agent à l'organisation criminelle d'ensemble. Du moins, aucune incrimination n'a jamais posé de tel critère personnel. On peut

[1103] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°631. Confirmé par : TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°175 ; TPIR, jugement *Rutaganda*, préc., n°98.
[1104] TPIR, appel *Akayesu*, préc., n°444.
[1105] TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°358-362.
[1106] TPIR, jugement *Kamuhanda*, préc., n°739. A noter que la version française du jugement comprend une erreur de traduction. Il faut donc se référer à la version anglaise pour cerner pleinement l'interprétation des juges.
[1107] V. *supra*, n°244.

toutefois noter que cette exigence ressortait implicitement du Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité élaboré par la Commission du Droit international. Son texte prévoyait en effet que l'acte sous-jacent devait avoir été commis « *à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe* »[1108], ce qui sous-tendait la nécessité de caractériser l'existence de relations systémiques entre les différents participants à l'entreprise criminelle et partant, une certaine affiliation de l'agent à l'organisation collective. Les commentaires fournis par la CDI expliquent que cette condition est « *destinée à exclure les situations où un individu commet un acte inhumain de sa propre initiative dans la poursuite de son propre dessein criminel, en l'absence de tout encouragement ou de toute directive de la part soit d'un gouvernement, soit d'un groupe ou d'une organisation. Ce type de comportement criminel isolé de la part d'un individu agissant seul ne constituerait pas un crime contre l'humanité* »[1109]. Ces explications montrent que la condition personnelle posée procède d'une confusion entre la condition contextuelle d'organisation, laquelle requiert que le projet criminel soit mis en œuvre par un collectif, et la condition du fait sous-jacent : moins que l'affiliation de l'agent à l'organisation criminelle, c'est plutôt l'existence même d'une organisation au soutien de l'entreprise qu'entendait vraisemblablement prescrire la Commission. Or, ces deux exigences sont différentes. On peut en effet imaginer la situation dans laquelle un individu déciderait de prendre part à l'entreprise d'ensemble de son propre chef. Le cas échéant, en dépit de toute relation personnelle entre l'agent et l'organisation, l'action individuelle n'apparaît pas pour autant « isolée » puisqu'elle est bien rattachable à l'action collective. Il faut donc soigneusement distinguer ces deux données et retenir que seule la nature participative du fait sous-jacent est à prendre en compte aux fins de la qualification du crime contre l'humanité.

460. L'absence de condition jurisprudentielle. – La jurisprudence appuie cette interprétation. D'une part, dans les procès d'après-guerre, des particuliers ont été condamnés du chef de crime contre l'humanité, sans considération aucune pour leur éventuelle affiliation à l'organisation nazie[1110]. Si la qualification de l'infraction avait dû être conditionnée par l'appartenance de l'exécutant à l'organisation criminelle, seuls les agents d'État ou, à tout le moins, les personnes s'étant ralliées au régime nazi, auraient pu être déclarés responsables. D'autre part, la jurisprudence n'a jamais appréhendé le lien de rattachement du crime sous-jacent au contexte de l'infraction à l'aune d'un élément personnel. Elle retient que cette relation doit être appréciée au regard « *de la nature de l'acte en question, des buts qu'il poursuit et des*

[1108] CDI, *Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires relatifs*, article 18, reproduit dans : *Ann. CDI*, 1996, vol. II (2), p. 49.
[1109] *Ibid.,* p. 50, n°5.
[1110] Ces affaires concernaient dans leur majorité des particuliers qui en avaient dénoncés d'autres aux autorités nazies, pour des raisons personnelles. Plusieurs de ces jurisprudences sont exposées par le TPIY dans l'arrêt *Tadić*, précité, aux paragraphes n°259 à 262. Au fond, elles appellent surtout la question de savoir si l'auteur du crime contre l'humanité doit avoir pleinement adhéré au projet criminel d'ensemble pour que son fait de participation soit punissables. C'est la raison pour laquelle ces jurisprudences seront approfondies *infra*, n°670, au cours de l'étude de l'élément moral des participations punissables.

conséquences qu'il génère »[1111], c'est-à-dire au regard des caractères objectifs du comportement commis.

461. Précisions relatives au caractère attitré du crime sous-jacent de torture. – Il faut observer, pour finir, que le crime de torture sous-jacent du crime contre l'humanité a été conditionné, pendant un temps, par un élément personnel. Certaines chambres des tribunaux pénaux internationaux avaient en effet adopté les prévisions de la Convention internationale contre la torture de 1984[1112] imposant que l'auteur ait été un agent de la fonction publique agissant à titre officiel ou, à tout le moins, qu'il ait agi à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite[1113]. Ce caractère attitré de l'infraction était cependant totalement déconnecté de l'existence d'un système criminel d'ensemble. Il induisait, simplement, que la torture devait avoir été perpétrée par un agent étatique, sans considération aucune pour l'affiliation de ce dernier à l'organisation criminelle collective. Toujours est-il que ce critère a fini par être abandonné. La jurisprudence a en effet estimé que la condition personnelle posée par la Convention avait uniquement vocation à limiter les obligations incombant aux États qui en sont parties – en ce sens qu'ils ne sont tenus d'engager des poursuites pour des actes de tortures que si ceux-ci émanent d'agents de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel[1114] – mais qu'elle était dépourvue d'objet concernant la responsabilité pénale internationale[1115]. Le Statut de Rome confirme la mise à l'écart de cette condition : l'incrimination de la torture ne fait aucune mention de la qualité de son auteur[1116].

462. Transition. – En conclusion, le crime contre l'humanité n'est pas plus conditionné que le crime de guerre par la qualité de l'auteur de l'infraction sous-jacente. Peu importe que l'agent soit affilié à l'organisation criminelle pour que son fait puisse recevoir telle qualification. Il reste pour conclure cette étude à examiner le crime de génocide.

C. L'indifférence à la qualité de l'auteur du crime de génocide

463. L'indifférence affirmée au statut de l'exécutant génocidaire. – Peu d'attention a été réservée à la qualité de l'agent génocidaire, ce qui s'explique aisément. D'abord, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide des Nations Unies établit très clairement que les personnes ayant commis l'un des actes incriminés « *seront punies,*

[1111] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1124.
[1112] Nations Unies, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984.
[1113] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°594. V. également : TPIY, jugement *Furundžija*, préc., n°162
[1114] TPIY, arrêt *Kunarac*, préc., n°146.
[1115] TPIY, arrêt *Kunarac*, préc., n°148. Confirmé par : TPIY, *Affaire le Procureur c. Kvočka et consorts*, arrêt d'appel (IT-98-30/1-A), ch. d'appel, 28 février 2005, n°284 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Semanza*, arrêt d'appel (ICTR-97-20-A), ch. d'appel, 20 mai 2005, n°248 (ci-après : « arrêt *Semanza* »).
[1116] Art. 7 al. 1, f) ; art. 7 al. 2, e) du Statut de Rome.

qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers »[1117]. La formule ne ménage aucune marge d'appréciation : le statut de l'exécutant du projet génocidaire est indifférent dans la qualification du génocide.

464. L'indifférence nécessaire à l'affiliation de l'agent à l'organisation génocidaire. – Ensuite, et surtout, l'absence de discussions sur ce point s'explique par l'absence de condition tenant à l'existence d'un système génocidaire d'ensemble. La jurisprudence retenant que le but de destruction du groupe national, ethnique, racial ou religieux s'entend d'une intention individuelle qui n'a pas « *[à être] soutenue par un minimum d'organisation à laquelle participent d'autres individus* »[1118], la question de la qualité de l'auteur, et plus précisément celle de son appartenance à une organisation criminelle plus vaste, n'a pour l'instant pas lieu d'être. Il en va néanmoins autrement si l'on considère que le but de destruction doit être conçu comme un but criminel d'ensemble *de lege feranda*[1119]. L'étude du lien devant unir les différents participants de l'entreprise devient alors digne d'intérêt et appelle la même interrogation que pour les autres infractions, à la différence cependant qu'elle est ici prospective : faut-il exiger que l'auteur du crime sous-jacent entretienne une certaine relation avec le collectif génocidaire pour que son fait revête le caractère d'une participation punissable ? Une nouvelle fois, une réponse négative s'impose.

D'une part, il a été vu que le crime de guerre et le crime contre l'humanité, qui s'analysent pareillement en un comportement d'exécution du projet d'ensemble, ne renferment aucune condition en ce sens. Rien ne paraît donc justifier que le génocide réponde à une autre configuration, *a fortiori* si l'on y voit une espèce particulière de crime contre l'humanité : en toute logique, il devrait répondre au même schéma que l'infraction générique.

D'autre part, poser une telle exigence s'accorderait mal avec la réalité criminologique du génocide. Si ces entreprises de destruction impliquent toujours de nombreux acteurs, elles n'engagent pas de liaisons interpersonnelles de quelque nature que ce soit entre les différents protagonistes. D'un côté, les études sociologiques montrent que le principe hiérarchique n'est pas applicable au processus d'extermination génocidaire. Les auteurs notent, au contraire, l'absence relative d'ordres et de directives au sein du collectif et rejettent, en cela, toute approche qui consisterait à faire du génocide un crime d'autorité[1120]. D'un autre côté, le modèle du lien associatif ne sied pas davantage à la conceptualisation des relations des participants à

[1117] Nations Unies, Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, art. IV.
[1118] TPIY, jugement *Jelisić*, préc., n°100. Sur cette question, et pour d'autres références jurisprudentielles, v. *supra*, n°287.
[1119] V. *supra*, n°311.
[1120] S. LEMAN-LANGLOIS, « Le mégacrime, légitimité, légalité et obéissance », préc., p. 29 qui appuie son analyse sur les travaux de Browning, Breton, Wintrobe et Goldhagen. V. également J. SEMELIN, *Purifier et détruire – Usages politiques des massacres et génocides*, *op. cit*., p. 30 : « *les buts généraux sont fixés par les chefs tandis que les détails spécifiques de leur implication sont laissés à l'initiative locale* ». Ainsi, même si le projet est bien déterminé, en amont, par un collectif de décideurs, sa mise en oeuvre n'est pas programmée. Aucune chaîne de commandements ou de transmissions d'ordres n'existe au soutien du processus de destruction. Au contraire, il apparaît que les exécutants jouissent d'une certaine autonomie dans la réalisation du projet d'ensemble.

l'entreprise génocidaire, en ce sens qu'aucun « pacte génocidaire » ne les relie les uns aux autres[1121]. En effet, il n'est pas forcément d'entente ou d'accord préalable entre les acteurs de la mise en œuvre du projet destructeur ; l'action collective n'est donc pas proprement *concertée*. Mieux vaut la présenter comme une action synergique, en ce sens qu'elle est en réalité composée d'une somme d'actions commises par des individus indépendants mais convergeant vers une finalité unique, la destruction du groupe, ce but étant le seul véritable lien unissant l'ensemble des participants.

465. Transition. – Quelle que soit l'infraction considérée, l'affiliation de l'exécutant à l'organisation collective n'est donc pas un critère constitutif. La contribution à l'entreprise d'ensemble peut émaner de n'importe quelle personne ; cela n'a aucune incidence sur la qualification des crimes. Il reste maintenant à déterminer si l'acte d'exécution doit en revanche être lésionnaire d'une catégorie de victimes particulières pour être punissable.

§2. La victime de l'acte d'exécution

466. Prise en compte variable de la qualité de la victime atteinte. – Dans la mesure où les infractions internationales sanctionnent un fait de participation à une entreprise ciblant une entité collective déterminée, il pourrait aller de soi que la victime individuelle appartienne au groupe visé. Ce serait toutefois occulter que le processus d'atteinte au groupe peut impliquer la lésion d'individus qui n'en sont pas membres, soit parce qu'ils sont associés à la figure de cet « ennemi » désigné, soit parce qu'ils se posent en obstacle à la concrétisation du projet. Le crime de guerre et le crime contre l'humanité tiennent compte de cette réalité. Ces infractions couvrent, en effet, toute atteinte contribuant à la réalisation de l'entreprise d'ensemble, sans que n'entre en compte l'appartenance de la victime individuelle au groupe visé au plan global (A). Il en va en revanche différemment pour le génocide, seules les atteintes aux membres du groupe national, ethnique, racial ou religieux stigmatisé pouvant recevoir cette qualification (B).

A. La victime du crime de guerre et du crime contre l'humanité

467. Champ personnel passif des infractions. – La désignation du sujet passif du crime de guerre (A) et du crime contre l'humanité (B) ne souffre d'aucune restriction : tout type d'acte extériorisant l'exécution de l'entreprise d'ensemble est répréhensible, indépendamment de la qualité de la victime atteinte.

[1121] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit.*, n°389.

1- La victime du crime de guerre

468. Absence de limitation du domaine du crime de guerre aux crimes commis entre belligérants. – La qualification de crime de guerre suppose que le crime commis s'intègre à l'entreprise martiale, et donc qu'il soit voué à soumettre l'adversaire au conflit. Cette condition essentielle, toutefois, ne signifie pas que la cible immédiate de la violence employée doive nécessairement incarner le groupe adverse. L'étude des incriminations sous-jacentes laisse au contraire constater que pour peu qu'elle s'intègre à la réalisation de l'entreprise martiale, l'atteinte de toute personne évoluant au sein d'un conflit armé peut recevoir la qualification de crime de guerre, quel que soit son statut au sein du conflit (a) et sans considération pour son allégeance (b).

a- L'indifférence au statut de la victime

469. Notion de crime de guerre et infractions sous-jacentes de crime de guerre. – De prime abord, affirmer que la qualité de la victime atteinte n'est pas un critère de qualification du crime de guerre peut paraître erroné dans la mesure où cet élément participe de la définition de certaines infractions sous-jacentes. En réalité, ces deux idées ne se contredisent pas. Pour le comprendre, il faut opérer une distinction entre *le crime de guerre*, en tant que notion générale et abstraite, et les *infractions sous-jacentes de crimes de guerre*, qui en sont les manifestations particulières – ou pour le dire autrement les différentes espèces de comportements relevant de ce genre infractionnel –. Si certaines incriminations sous-jacentes sont effectivement conditionnées par l'identité de la victime atteinte, ce critère est fluctuant et laisse entrevoir que la notion de crime de guerre embrasse les atteintes injustes commises contre toute catégorie de personnes dans la poursuite de l'entreprise martiale.

470. Diversité des personnes protégées par les faits sous-jacents du crime de guerre. – Les incriminations sous-jacentes de crime de guerre identifient en effet plusieurs catégories de personnes protégées, dont les membres des forces armées constituent une première figure[1122]. Ceux-ci sont préservés tantôt en tant que combattant actifs, tantôt en tant que combattants mis hors d'état de porter les armes, par exemple à raison d'une maladie ou d'une blessure[1123].

[1122] Les infractions incriminant des atteintes aux combattants sont issues du droit de la Haye et renvoient aux crimes de guerre constitués par des violations graves des lois et coutumes de guerre recensées aux paragraphes b) et e) de l'article 8 alinéa 2 du Statut de Rome. V. par ex. : art. 8 al. 2, b, xi) et xiii) et art. 8 al. 2, e, ix et xii) du Statut de Rome.

[1123] Les membres des forces armées mis hors d'état de combattre sont doublement protégées par le droit de la Haye et le droit de Genève. Par exemple, l'atteinte d'un « *combattant qui, ayant déposé les armes ou n'ayant plus les moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion* » est incriminée en tant que violation grave des lois et coutumes de guerre (v. art. 8 al. 2, b, vi) du statut de Rome). Leur protection reste néanmoins essentiellement assurée par le droit de Genève, les combattants blessés, malades et naufragés ainsi que les prisonniers de guerre, c'est-à-dire les combattants capturés, faisant partie des personnes protégées par ces Conventions. Les incriminations applicables sont celles visées aux paragraphes a) et c) de l'article 8 al. 2 du Statut de Rome.

À côté de ces atteintes portées aux belligérants, d'autres infractions sanctionnent quant à elles la lésion de personnes étrangères aux groupes armés engagés dans l'entreprise martiale. On pense avant toute chose aux crimes de guerre consistant dans l'atteinte de personnes civiles[1124], c'est-à-dire « *les personnes qui n'appartiennent pas, ou plus, aux forces armées* »[1125] ou pour le dire encore plus simplement, les non-combattants. La criminalisation des attaques contre les personnels des missions sanitaires[1126], humanitaires ou de maintien de la paix[1127] permet également d'en rendre compte. La protection de ces personnes étant proprement fondée sur leur absence de participation aux hostilités[1128], il apparaît à nouveau que la notion de crime de guerre intègre les crimes commis contre des individus n'appartenant pas aux rangs des forces armées. Un dernier exemple peut être pris des infractions sanctionnant le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans dans les forces armées ou dans des groupes armés ou de les faire participer directement aux hostilités[1129]. Par essence, cette infraction obstacle est vouée à préserver des individus *qui n'appartiennent pas aux groupes belligérants* puisqu'il s'agit justement d'éviter qu'ils ne s'y trouvent incorporés.

Un dernier argument peut être invoqué au soutien de l'idée que le statut de la victime du comportement d'exécution de l'entreprise martiale n'est pas un critère de la notion de crime de guerre : il consiste dans le fait que certaines incriminations ne font aucune mention d'une condition en ce sens[1130]. Elles se contentent de viser un comportement, sans requérir qu'il soit dirigé contre un type de personne en particulier.

De ces différentes considérations, il ressort clairement que le statut de la victime du comportement d'exécution n'est pas un critère du crime de guerre puisque ce n'est pas un trait constant des différentes espèces d'infraction relevant de ce genre infractionnel. Au contraire, il apparaît que cette catégorie englobe l'atteinte de toute personne susceptible d'être atteinte au cours de la conduite de l'entreprise martiale, qu'elle appartienne ou non aux belligérants.

[1124] L'article 3 commun aux Conventions de Genève applicables aux conflits armés non-internationaux, et par conséquent les incriminations qui en sont issues, font quant à elles référence aux *personnes qui ne participent pas directement aux hostilités.* La terminologie employée n'est pas exactement la même, mais cette notion renvoie en substance à la même catégorie de victimes : elle couvre tous les non-combattants.

[1125] TPIY, jugement *Blaskić*, préc., n°180.

[1126] Pour les conflits armés internationaux, v. art. 8 al. 2, b, xxiv) du Statut de Rome ; pour les conflits armés non-internationaux, v. art. 8 al. 2, e, ii) du Statut de Rome.

[1127] Pour les conflits armés internationaux, v. art. 8 al. 2, b, iii) du Statut de Rome ; pour les conflits armés non-internationaux, v. art. 8 al. 2, e, iii) du Statut de Rome.

[1128] Cette condition figure expressément dans le texte d'incrimination des attaques contre les missions humanitaires et de maintien de la paix. Pour une analyse jurisprudentielle de cette infraction, v. CPI, *Situation au Darfour (Soudan), Affaire le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda***,** Décision relative à la confirmation des charges (ICC-02/05-02/09-243-Red), Ch. prélim. I, 8 fév. 2010, n°83.

[1129] Pour les conflits armés internationaux, v. art. 8 al. 2, b, xxvi) du Statut de Rome ; pour les conflits armés non-internationaux, v. art. 8 al. 2, e, vii) du Statut de Rome.

[1130] V. par exemple l'incrimination des infractions de nature sexuelle prévue à l'article 8 al. 2, b, xxii) du Statut de Rome (pour les conflits armés internationaux) et à l'article 8 al. 2, e, vi) du Statut de Rome (pour les conflits armés non-internationaux). V. également l'incrimination des atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements inhumains et dégradants, prévue à l'article 8 al. 2, b, xxi) du Statut de Rome qui ne pose aucune condition tenant à la qualité de la victime visée.

471. La prise en compte du statut de la victime atteinte dans la détermination des infractions sous-jacentes. – Il n'en demeure pas moins que le statut de la victime atteinte constitue bien une condition ponctuelle du crime de guerre, certaines infractions sous-jacentes intégrant un tel élément personnel. La prise en compte de cette donnée trouve aisément à s'expliquer : elle est l'émanation du critère d'injustice fondant l'incrimination des faits de guerre[1131]. La qualité de la victime peut en effet participer de l'appréciation de la nécessité militaire d'un comportement et, par conséquent, déterminer l'illicéité d'une participation à l'entreprise martiale[1132]. Si la personne assume une fonction de combat effective, c'est-à-dire si elle participe activement à la conduite des hostilités pour le compte d'une partie, elle représente alors une menace pour l'existence de la partie adverse, de sorte que son atteinte revêt les caractères d'un acte de sauvegarde nécessaire. Cela explique que l'atteinte à la vie des combattants adverses, par exemple, puisse trouver à se justifier[1133] et ainsi que le meurtre de personnes présentant un tel statut ne soit pas constitutif d'un crime de guerre. En revanche, si cette fonction de combat est nulle, parce que la victime ne participe pas, ou plus, au conflit armé, aucune justification ne peut être envisagée. En effet, à défaut d'implication dans la réalisation de l'entreprise martiale, la victime n'incarne aucun péril pour l'adversaire, ce qui exclut qu'elle puisse être légitimement prise pour cible. Il s'ensuit que le meurtre, licite quand il a pour sujet un combattant ennemi actif, devient illicite quand sa victime est une personne civile ou assimilée, ou un combattant mis hors d'état de combattre[1134]. Cette logique explique par ailleurs que certains faits de guerre soient sanctionnés indépendamment du statut de la victime atteinte. En effet, dans certains cas, la nature du comportement est telle que la nécessité militaire est exclue en toutes circonstances. La qualité de la personne lésée n'a, alors, aucune incidence. C'est le cas, par exemple, des infractions sexuelles[1135] : une telle atteinte ne saurait jamais se justifier par la nécessaire conservation des parties et ce, quel que soit le statut de la victime.

472. Transition. – En somme, la prise en compte du statut de la victime atteinte dans la définition des infractions sous-jacentes traduit simplement l'injustice du comportement d'exécution punissable. Elle ne marque aucune limitation du domaine de cette notion aux crimes commis contre une catégorie de personnes particulières étant donné que tout individu, quel que soit son statut vis-à-vis de l'entreprise martiale, peut être victime d'un crime de guerre.

[1131] V. *supra*, n°410

[1132] Pour les autres critères d'appréciation de la nécessité militaire, v. *supra*, n°411.

[1133] Si tant est qu'elle procède de l'usage d'un strict droit de défense, ce qui suppose qu'elle soit à la fois nécessaire et proportionnée à l'impératif de conservation ; sur ces deux critères, v. *supra*, n°408. Dans le cas contraire, l'atteinte est illicite et partant constitutive d'un crime de guerre. v. à cet égard l'article 8 al. 2, b, vi) du Statut de Rome incriminant le meurtre d'un combattant qui *« ayant déposé les armes ou n'ayant plus de moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion »*. Sa situation est telle qu'il ne fait pas peser un péril imminent sur ses adversaires. Son élimination n'est donc pas strictement nécessaire puisqu'une autre méthode, moins onéreuse, aurait pu être privilégiée pour le neutraliser, telle que sa capture.

[1134] Voir les articles 8 al. 2, a, i) et 8 al. 2, b, vi) et 8 al. 2, c, i) du Statut de Rome.

[1135] Voir les articles 8 al. 2, b, xxii) et 8 al. 2, e, vi) du Statut de Rome.

Ce défaut de restriction du champ personnel passif de l'infraction trouve par ailleurs une autre illustration dans l'absence de prise en compte de l'allégeance de la victime.

b- L'indifférence à l'allégeance de la victime

473. Indifférence générale à l'allégeance de la victime du comportement d'exécution. – Le crime de guerre sanctionnant un acte d'exécution d'une entreprise martiale, et donc un comportement mis au service de la soumission de l'adversaire, il pourrait s'en déduire qu'il se limite naturellement aux atteintes commises contre des personnes affiliées à la partie opposée au conflit. Cette représentation intuitive ne trouve toutefois aucune traduction dans la définition juridique du crime de guerre, l'allégeance de la victime, qu'elle soit un combattant (i) ou non (ii), n'étant pas une condition nécessaire de sa qualification.

i. L'indifférence à l'allégeance des combattants victimes

474. L'applicabilité générale de la qualification de crime de guerre aux atteintes portées à l'encontre des combattants ennemis. – La situation de conflit armé manifeste toujours l'existence d'une relation d'inimitié entre plusieurs collectifs organisés et c'est, avant toute chose, pour réglementer les rapports des belligérants qu'a émergé le droit de la guerre[1136]. Certaines incriminations sous-jacentes figurent d'ailleurs ce domaine de réalisation privilégié du droit des conflits armés en ce qu'elles requièrent que le combattant victime ait appartenu aux rangs de l'adversaire. C'est par exemple le cas de l'infraction sanctionnant le fait de tuer ou de blesser par traîtrise un *adversaire combattant*[1137] ou, pour citer une infraction contre les biens, de celle sanctionnant le fait de détruire ou de saisir les biens de *l'ennemi* sauf à ce que les nécessités de la guerre le justifient[1138]. Ces incriminations restent peu nombreuses. La plupart ne posent aucune condition d'appartenance du combattant protégé à la partie adverse. Bien entendu, cela n'a aucune incidence sur l'applicabilité des infractions aux combattants adverses. Le silence des textes induit seulement que le domaine de ces incriminations n'est soumis à aucune restriction, si bien que les crimes considérés couvrent effectivement les atteintes commises par un belligérant au préjudice des membres des forces armées ennemies.

475. L'applicabilité éventuelle de la qualification de crime de guerre aux atteintes portées à l'encontre des combattants alliés. – Même si les relations d'adversité constituent le domaine de réalisation par excellence du crime de guerre, cela ne signifie pas que l'infraction

[1136] Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre du 18 octobre 1907, Préambule, al. 5 : « Selon les vues des Hautes Parties contractantes, ces dispositions, dont la rédaction a été inspirée par le désir de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités militaires le permettent, sont destinées à servir de règle générale de conduite aux belligérants, dans leurs rapports entre eux et avec les populations » (nous soulignons).
[1137] Art. 8, al. 2, e, ix) du Statut de Rome. V. également l'article 8, al. 2, b, xi) du Statut de Rome incriminant « *le fait de tuer ou de blesser par traîtrise des individus appartenant (...) à l'armée ennemie* ».
[1138] Art. 8, al. 2, b, xiii) et 8, al. 2, e, xii) du Statut de Rome.

soit inapplicable aux crimes commis au sein des rangs d'une même armée. Sauf à ce que le texte d'incrimination sous-jacent prescrive expressément l'affiliation du combattant à la partie adverse, la qualification de crime de guerre requiert essentiellement que le crime ait contribué à mettre en œuvre l'entreprise d'ensemble. Or, l'appartenance de la victime aux combattants alliés ne constitue pas forcément un obstacle à la vérification de cette condition ; il suffit d'imaginer la situation où celle-ci se trouverait injustement sacrifiée sur l'autel de la victoire militaire. D'un point de vue juridique, la lettre du texte est donc le seul élément à examiner pour déterminer si la qualification est applicable.

476. L'applicabilité de la qualification de crime de guerre aux atteintes portées aux combattants blessés, malades ou naufragés appartenant aux forces alliées. – Pour ce qui concerne les combattants mis hors d'état de porter les armes, certaines dispositions mettent effectivement en échec l'application de la qualification quand la victime est un allié. C'est le cas de celles contenues par la troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, lesquelles subordonnent le bénéfice de ce statut protecteur à la qualité d'adversaire du combattant détenu[1139]. L'accessoire suivant le principal, les incriminations issues de ce corps normatif répondent aux mêmes conditions, ce qui fait échec à la constitution du crime de guerre lorsque le combattant captif lésé relève des forces alliées.

Il s'agit toutefois de la seule hypothèse dans laquelle la qualité d'adversaire du combattant protégé est mise en avant par les Conventions de Genève. Celles relatives au traitement des membres des forces armées blessés, malades ou naufragés dans le cadre d'un conflit armé international taisent en effet cet élément lorsqu'elles définissent les catégories de personnes pouvant se prévaloir de la protection mise en place[1140]. Plus encore, elles énoncent que les membres des forces armées hors d'état de combattre doivent être respectés et protégés « *en toutes circonstances* »[1141], « *sans aucune distinction de caractère défavorable* »[1142]. Cela laisse entendre que les dispositions conventionnelles ont vocation à s'appliquer à tout combattant placé dans une telle situation de vulnérabilité, sans égard à son allégeance. Les commentaires des Conventions le confirment : les belligérants blessés, malades ou naufragés « *doivent être respectés aussi bien lorsqu'ils se trouvent parmi les forces de leur propre armée ou entre les lignes que lorsqu'ils sont tombés au pouvoir de l'adversaire* »[1143]. S'agissant ensuite

[1139] Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, art. 4.
[1140] Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, art. 13 ; Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949, art. 13.
[1141] Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, art. 12 ; Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949, art. 12.
[1142] *Ibid*.
[1143] S'agissant des blessés et malades des forces armées sur terre, v. J. PICTET, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. I, *op. cit*., p. 148. Pour l'édition actualisée des commentaires datant de 2016, v. CICR, *Commentaire de la première convention de Genève*, *op. cit.*, n°1337 : « *It does not matter to which Party to a conflict the person belongs. Article 12 applies to a State's own wounded and sick personnel as well as to the*

des infractions applicables aux conflits armés non-internationaux, ni l'article 3 commun aux Conventions de Genève dont elles sont issues[1144], ni leur texte d'incrimination[1145] ne renferment de condition d'appartenance du combattant protégé à la partie adverse, si bien qu'il faut considérer qu'il s'agit d'un critère indifférent à leur constitution[1146]. Cela vaut non seulement pour les membres des forces armées ayant été mis hors de combat par maladie et blessure mais également pour ceux détenus, à la différence de ce que prévoient les dispositions régissant les conflits internationaux. Ainsi, s'agissant de toutes ces incriminations issues de dispositions ne posant aucune condition d'appartenance du combattant protégé à la partie adverse, il faut donc considérer que la qualification de crime de guerre peut être appliquée aux faits sous-jacents dirigés contre des membres alliés des forces armées, à la condition toutefois que l'atteinte perpétrée ait bien contribué à réaliser l'entreprise martiale.

477. L'applicabilité de la qualification de crime de guerre aux atteintes portées aux combattants alliés actifs : approche théorique. – Il reste, pour finir, à évoquer la situation des membres des forces armées alliées participant activement aux hostilités. Deux catégories d'incriminations ne posent pas de condition d'affiliation de la victime à l'adversaire et leur sont, par conséquent, applicables : celles qui érigent les combattants en sujet de protection sans autre forme de distinction[1147] et celles qui ne visent aucune victime particulière[1148]. Il faut toutefois reconnaître que l'intégration du crime à l'entreprise martiale risque alors d'être peu courante en pratique de sorte que rares devraient être les hypothèses dans lesquelles un belligérant viendrait à s'en prendre à ses propres troupes afin de mener à bien la soumission de son adversaire. Toujours est-il que l'objection est purement factuelle. Dès lors qu'il pourrait être constaté que ladite atteinte du combattant allié a effectivement participé de l'exécution du projet martial dans une situation d'espèce donnée, la qualification de crime de guerre est fondée à être appliquée sur le plan juridique.

478. L'applicabilité de la qualification de crime de guerre aux atteintes portées aux combattants alliés actifs : vérification pratique. – Un arrêt récent rendu par la CPI conforte cette analyse. La Cour a été amenée à se prononcer sur le champ d'application personnel passif des infractions sexuelles constitutives de crime de guerre, infractions dont l'incrimination ne

---

wounded and sick of an adverse Party or co-belligerent ». S'agissant des blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer, v. J. PICTET, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. I, *op. cit*., p. 91 : « *Ainsi donc, rien ne saurait désormais autoriser un belligérant à tracer une distinction de caractère défavorable entre les blessés, malades ou naufragés qui appellent des soins, qu'ils soient amis ou ennemis* ». Pour l'édition actualisée des commentaires datant de 2017, v. CICR, *Commentaire de la deuxième convention de Genève*, *op. cit.*, n°1369.

[1144] Conventions de Genève du 12 août 1949, art. 3 commun.

[1145] Art. 8 al. 2, c) du Statut de Rome.

[1146] Dans le même sens : J. D'ASPREMONT et J. DE HEMPTINNE, *Droit international humanitaire*, *op. cit*., p. 474 ; Y. JUROVICS, M. EUDES, *J.-Cl. Droit international*, fasc. 412 : Crime de guerre, 2011, n°99.

[1147] V. par ex. l'article 8 al. 2, b, vi) du Statut de Rome.

[1148] V. not. les articles 8 al. 2, b, xxi) ; 8 al. 2, b, xxii) et 8 al. 2, e, vi) du statut de Rome.

pose aucune condition relative à la qualité de la victime atteinte[1149]. Les faits étaient les suivants : des enfants ayant été enrôlés dans des forces armées avaient subi des viols et avaient été réduits en esclavage sexuel par des membres de ces mêmes forces. La défense argua de l'inapplicabilité de la qualification de crime de guerre aux actes commis au sein d'un corps d'armée. La Chambre préliminaire rejeta l'argument. Selon elle, ni la lettre du texte, ni son esprit, ne s'opposent à la constitution de l'infraction à l'endroit de crimes commis par les membres d'un groupe armé au préjudice d'autres membres de ce même groupe. Elle précisa, à cet égard, que « *c'est l'exigence [d'un lien de causalité], et non pas la prétendue exigence en matière de statut des victimes, qui permet de distinguer suffisamment et comme il convient les crimes de guerre des crimes de droit commun* »[1150]. Cette interprétation, à laquelle s'est ralliée la Chambre de première instance[1151], est à souligner en ce qu'elle renferme un principe qui n'avait, jusqu'alors, jamais été explicitement consacré. Au contraire, prévalait plutôt une solution contraire si l'on en croit certains jugements rendus à l'issue de la seconde guerre mondiale[1152] ainsi qu'une décision délivrée par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone[1153]. Le raisonnement des juges de la CPI est parfaitement conforme au principe de légalité : dans la mesure où les prévisions textuelles n'excluent pas les combattants alliés du champ de la protection instituée, la constitution de l'infraction doit pouvoir être établie, à condition toutefois que l'exigence de causalité soit satisfaite ainsi que l'a rappelé la Chambre. Sur ce point, le raisonnement des juges est inattaquable.

[1149] V. art. 8, al. 2, b, xii) et art. 8, al. 2, e, vi) du Statut de Rome.

[1150] CPI, *Situation en République démocratique du Congo, Affaire le Procureur c. Bosco Ntaganda*, 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 Bosco Ntaganda (ICC-01/04-02/06-309), ch. prélim. II, 9 juin 2014, n°68 (ci-après : « décision de confirmation des charges portées à l'encontre de *Bosco Ntaganda* »).

[1151] La confirmation des charges portées à l'encontre de Bosco Ntaganda relativement à ces infractions sexuelles commises au sein des forces armées a été contestée par la défense. La chambre de première instance IV a été saisie d'une question préjudicielle à ce sujet et a confirmé la solution rendue par la chambre préliminaire à la suite d'un examen minutieux du droit applicable : CPI, *Situation en République démocratique du Congo, Affaire le Procureur c. Bosco Ntaganda*, Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 (ICC-01/04-02/06-1707), Ch. prem. inst. VI, 4 jan. 2017, n°54. Cette solution a par la suite été reconduite dans la décision de jugement : CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°965.

[1152] Netherlands temporary Court martial at Amboina, trial of Susuki Motosuke, judgment, 28 jan. 1948, retranscrit dans : UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *Law reports of trial of war crimes*, *Affaire Motosuke* (case n°77), vol. XIII, 1949, p. 126 et s., spécif. p. 127-129. La Cour martiale compétente a décidé que le meurtre d'un membre de l'armée japonaise, ordonnée par un agent des services de renseignement japonais ne pouvait être constitutif d'un crime de guerre dès lors que cette qualification était réservée aux crimes commis contre des victimes ressortissantes des forces alliées. L'autre décision invoquée a été rendue par la Cour spéciale de cassation néerlandaise, *Affaire Pilz*, 5 juil. 1950 retranscrite dans : *International law reports*, vol. 17, 1950, p. 391. Dans cette affaire, la Cour néerlandaise avait refusé d'appliquer la qualification de crime de guerre au meurtre d'un ressortissant néerlandais ayant rejoint l'armée d'occupation allemande aux Pays-Bas, commis par les membres de ladite armée.

[1153] TSSL, *Affaire le Procureur c. Augustine Gbao et consorts*, jugement (SCSL-04-15-T), ch. prem. inst. I, 2 mars 2009, n°1453 : « *It is trite law that an armed group cannot hold its own members as prisoners of war. The law of international armed conflict was never intended to criminalise acts of violence committed by one member of an armed group against another, such conduct remaining first and foremost the province of the criminal law of the State of the armed group concerned and human rights law. In our view, a different approach would constitute an inappropriate re- conceptualisation of a fundamental principle of international humanitarian law. We are not prepared to embark on such an exercise* ».

L'application aux faits de cette règle, dans la décision de jugement, est en revanche plus discutable. Pour caractériser la relation au contexte, la Chambre a avancé que « *les crimes allégués avaient respectivement été commis durant la formation des victimes au sein de l'un des camps de l'UPC/FPLC et au moment de leur affectation en tant qu'escort auprès d'un commandant militaire de l'UPC/FPLC, pendant une période au cours de laquelle l'UPC/FPLC était activement engagée dans des opérations militaires et dans des combats avec les forces armées opposées. La campagne de recrutement de UPC/FPLC à cette époque visait à renforcer son potentiel militaire, ce qui était nécessaire pour parachever le contrôle de la région d'Ituri recherché* »[1154]. Si la Cour s'efforce ainsi de rattacher les faits en cause au projet martial, la démonstration reste défaillante car les juges raisonnent essentiellement sur l'enrôlement des enfants au sein du groupe armé et non sur les actes sexuels commis. Puisqu'il s'agissait de déterminer si ces derniers pouvaient recevoir la qualification de crime de guerre, il incombait à la Chambre de rechercher si ces crimes précis participaient à la réalisation de l'entreprise martiale. Mais la situation d'espèce, semble-t-il, laissait peu de place à une conclusion en ce sens, le fait que les crimes sexuels aient été commis dans les rangs de l'armée ne suffisant pas à établir qu'ils s'intégraient à l'entreprise de soumission de l'ennemi. Le dévoiement du lien de participation requis traduit un certain utilitarisme des juges et leur volonté d'imputer ces actes, particulièrement blâmables, sous le chef de crime de guerre à l'accusé. Aussi graves soient les actes commis, la caractérisation de leur relation avec le projet martial reste en effet essentielle, à peine de diluer la notion de crime de guerre dans la criminalité de droit commun.

479. Transition. – En dépit de cette critique, la jurisprudence de la CPI mérite l'approbation en ce qu'elle formalise une règle essentielle : sauf indication contraire du texte d'incrimination, la participation injuste à l'entreprise martiale peut se matérialiser dans l'atteinte de toute personne, quelle que soit sa qualité, qu'elle appartienne aux rangs de l'ennemi où à ceux des forces alliées. Il en va de même lorsque la victime n'est pas un combattant.

ii. L'indifférence à l'allégeance des non combattants victimes

480. L'exigence ponctuelle d'affiliation des civils à la partie adverse : les infractions issues de la quatrième Convention de Genève. – Les infractions de crime de guerre, cela a déjà été noté, s'appliquent également aux atteintes commises contre des individus n'appartenant pas aux forces armées. Plusieurs catégories de personnes sont protégées à cet effet, au premier rang desquelles se situent les personnes civiles. Naturellement, la polarisation des relations humaines engendrée par la survenance d'un conflit armé expose, en premier lieu, les civils

[1154] CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°984 : « *the rapes and sexual slavery of these girls took place during training at one of the UPC/FPLC camps and during the assignment as an escort to a UPC/FPLC commander, respectively, during a period in which the UPC/FPLC was actively engaged in military operations and fought opposing armed actors. The UPC/FPLC's recruitment campaign at the relevant time was aimed at building up its military strength – which was required to achieve the desired control over Ituri* » (traduction libre).

affiliés à la partie adverse aux effets de la violence déployée, à raison de leur assimilation à la figure de l'ennemi. Pour cette raison, le droit de Genève leur réserve une protection spécifique. En vertu des dispositions de la quatrième Convention, seules les « *personnes, qui à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes* »[1155] peuvent en effet se prévaloir du bénéfice des dispositions protectrices. Les incriminations issues de ce corps normatif présentant le même champ d'application, deux critères doivent être réunis pour que le fait sous-jacent tombe sous le coup de cette catégorie de crime de guerre. Un critère spatial d'une part : le civil doit être atteint alors qu'il est au pouvoir du belligérant à l'origine du manquement à la Convention, ce qui signifie concrètement que la victime doit s'être trouvée dans un territoire dont la puissance en question était maîtresse[1156]. Un critère personnel d'autre part : la victime ne doit pas être un ressortissant du belligérant responsable de la violation. De ce second critère, il découle que les infractions énumérées à l'article 8 alinéa 2, a) du Statut de Rome sont inapplicables aux atteintes commises par un belligérant au préjudice de sa population civile. Seules celles portées à l'encontre des civils affiliés à l'adversaire – ou aux apatrides – sont constitutives de cette catégorie d'infractions.

La jurisprudence pénale internationale a ratifié cette analyse mais a revu le critère applicable, en considérant que la nationalité d'un individu n'est pas nécessairement révélatrice de la nature de son obédience. « *Alors que les guerres du passé opposaient principalement des États bien établis, les conflits armés interethniques modernes, comme en ex-Yougoslavie, se caractérisent par l'émergence de nouveaux États pendant le conflit et de ce fait, les allégeances peuvent tenir plus à l'appartenance ethnique qu'à la nationalité* »[1157]. Aussi, elle juge qu'il est préférable de raisonner sur l'allégeance de la victime à la partie adverse plutôt que sur sa qualité de ressortissant[1158]. Si cette relecture pragmatique du critère vient adapter le régime de protection des civils à la réalité des conflits contemporains, il n'en demeure pas moins qu'elle maintient la limite personnelle posée par la quatrième Convention de Genève. S'agissant spécifiquement de cette catégorie de crime de guerre, il faut donc reconnaître que le champ des comportements d'exécution punissables est circonscrit aux crimes commis contre des civils affiliés à l'adversaire.

[1155] Convention (IV) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, art. 4.

[1156] J. PICTET, (Dir.), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. 1, *op. cit.*, p. 53. La jurisprudence pénale internationale s'est rangée derrière cette interprétation. Elle retient que « *les personnes qui se sont retrouvées sur un territoire effectivement occupé par une partie au conflit peuvent être considérées au pouvoir de cette partie* » : TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°579 ; TPIY, jugement *Delalić et consorts,* préc., n°246 ; TPIY, jugement *Naletilić et Martinović*, préc., n°208 et 221 ; CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Katanga* et *Ngudjolo Chui,* préc., n°292.

[1157] TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°166.

[1158] *Ibid*. La nécessité d'adopter un critère plus souple avait déjà été affirmée dans la décision rendue par le TPIY, jugement *Delalić et consorts,* préc., n°263. Le critère de l'allégeance a ensuite été confirmé par les jurisprudences suivantes : TPIY, arrêt *Aleksovski* préc., n°152 ; TPIY, jugement *Naletilić et Martinović*, préc., n°207 ; TPIY, arrêt *Blaskić*, préc., n°167 et s.

481. L'indifférence globale à la nature de l'allégeance des civils protégés. – Cela étant, toutes les autres incriminations de crime de guerre se contentent d'instituer les personnes civiles en sujets de protection, sans faire mention de leur rattachement à l'adversaire. Il n'y a donc pas matière à distinction : le comportement incriminé doit pouvoir être qualifié de crime de guerre que le civil lésé ait été un ennemi ou un allié, la seule exigence étant que le crime ait été commis au service de la réalisation de l'entreprise martiale. Il est vrai que la nature de certains crimes sous-jacents est telle que cette relation de participation ne paraît pouvoir être établie que si la victime appartient à la partie adverse. L'infraction consistant à diriger une attaque contre la population civile peut être prise en exemple[1159]. Comment l'emploi de la force armée, par un belligérant, contre sa propre population pourrait-elle donner effet à la soumission de l'adversaire ? *A priori*, aucun avantage militaire ne peut être escompté d'une telle opération. *De facto*, ce crime sous-jacent ne devrait être constitutif d'un crime de guerre que s'il cible des civils de la partie rivale. Il reste que si les faits d'une situation donnée étayaient l'idée inverse, l'attaque pourrait recevoir la qualification de crime de guerre à défaut de condition juridique tenant au statut des civils visés. Surtout, cette limitation factuelle ne concerne pas toutes les infractions. Certaines d'entre elles couvrent des atteintes susceptibles de s'intégrer à la réalisation de l'entreprise martiale quelle que soit la teneur de l'allégeance du civil atteint. Il en va ainsi du fait de « *diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil (...) qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu* »[1160]. La possibilité de tels dommages collatéraux se conçoit sans peine à l'endroit des civils alliés, un belligérant pouvant être amené à considérer l'atteinte de sa population comme un moindre mal en perspective de l'objectif militaire à accomplir. Le même constat s'applique à l'infraction sanctionnant la pratique des boucliers humains, c'est-à-dire le fait d'utiliser la présence de personnes n'assumant pas, ou plus, de fonction de combat effective pour éviter que certains points, zones ou forces militaires ne soient la cible d'opérations militaires[1161]. Il est tout à fait concevable qu'un belligérant profite des personnes qui lui sont affiliées dans le but de se préserver contre le feu de l'ennemi. Dans la mesure où une telle relation participative peut être caractérisée, l'action se mue en un crime de guerre quand bien même les victimes feraient allégeance aux assaillants.

482. Indifférence à l'allégeance des mineurs de quinze ans protégés. – Ce raisonnement peut être reconduit pour ce qui concerne les autres catégories de personnes protégées relevant des non combattants, notamment celle des mineurs de quinze ans déjà prise

[1159] Pour les conflits armés internationaux, v. art. 8 al. 2, b, i) du Statut de Rome ; pour les conflits armés non-internationaux, v. art. 8 al. 2, e, i) du Statut de Rome.
[1160] Art. 8 al. 2, b, iv) du Statut de Rome.
[1161] Art. 8 al. 2, b, xxiii) du Statut de Rome.

en exemple. L'incrimination les érigeant en sujets de protection pénale ne fixe aucune autre condition que l'âge de la victime aux fins de la constitution de l'infraction[1162]. L'allégeance de l'enfant ne doit donc pas entrer en ligne de compte et la qualification de crime de guerre doit pouvoir être appliquée quelle que soit la nature des relations existant entre le mineur recruté et le belligérant recruteur. Tel est, d'ailleurs, l'esprit des règles conventionnelles fondant ces incriminations, ainsi que le signale l'injonction adressée aux belligérants de s'abstenir de recruter les enfants de moins de quinze ans dans *leurs* forces armées[1163].

483. Indifférence à l'allégeance des personnels des missions humanitaires et de maintien de la paix. – Pour finir, il peut être fait à nouveau mention des infractions protégeant les missions d'aide humanitaire[1164] ou de maintien de la paix[1165] mises en place conformément à la Charte des Nations Unies. La neutralité de cette catégorie de personnes vis-à-vis des belligérants exclut toute discussion relative à leur allégeance puisqu'elles n'interviennent jamais en faveur d'une des parties au conflit, sinon pour mettre en œuvre les résolutions onusiennes. La criminalisation des atteintes susceptibles d'être portées à l'encontre de ces individus achève ainsi de démontrer que le domaine du crime de guerre n'est pas restreint aux rapports d'adversité.

484. Bilan. – Ainsi, ni l'allégeance de la victime à la partie adverse, ni le statut qu'elle détient, ne se posent en limite au domaine d'application du crime de guerre. Celui-ci couvre tous les actes extériorisant un comportement d'exécution injuste de l'entreprise martiale, la qualité du sujet de l'atteinte n'entrant pas, par nature, en ligne de compte. Tel est également le modèle auquel répond le crime contre l'humanité.

2- La victime du crime contre l'humanité

485. Indifférence à la qualité de la victime atteinte. – La définition du crime contre l'humanité a foncièrement évolué depuis Nuremberg, si bien que la question de la qualité de la victime atteinte s'est posée en des termes différents. Pour autant, la solution applicable est restée constante : que l'on raisonne sur l'incrimination originelle (a) ou contemporaine (b), cet élément personnel n'est pas un critère constitutif de cette infraction.

[1162] Art. 8 al. 2, b, xxvi et art. 8 al. 2, e, vii) du statut de Rome.
[1163] Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 8 juin 1977, art. 77 al. 2 : « *Les Parties au conflit prendront toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants de moins de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités, notamment en s'abstenant de les recruter dans leurs forces armées. Lorsqu'elles incorporent des personnes de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, les Parties au conflit s'efforceront de donner la priorité aux plus âgées* ».
[1164] Pour les conflits armés internationaux, v. art. 8 al. 2, b, iii) du Statut de Rome ; pour les conflits armés non-internationaux, v. art. 8 al. 2, e, iii) du Statut de Rome.
[1165] *Ibid*.

a- L'indifférence à la qualité de la victime dans la définition originelle de l'infraction

486. Définition originelle du crime contre l'humanité. – Le crime contre l'humanité, dans les statuts des TMI, était défini comme « *l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux* (…) »[1166]. L'institution des populations civiles en sujet passif des comportements incriminés – et ce bien que certains des actes listés, tels que l'assassinat, s'accommodent mal d'une victime collective – prêtait quelque peu à confusion ; elle pouvait conduire à penser que la victime individuelle devait être une personne civile.

487. Délimitation restrictive du domaine personnel passif de l'infraction par la doctrine de l'après-guerre. – Certains auteurs ont défendu cette conception. Selon eux, la victime du crime contre l'humanité devait nécessairement appartenir à la population civile ciblée[1167]. Pour GRAVEN, cette qualité de la victime constituait la première condition du crime contre l'humanité, sa condition « *absolue* » recelant son « *essence même* »[1168], ainsi qu'en témoigne sa proposition de définir le crime contre l'humanité comme « *un attentat dirigé contre la personne humaine appartenant à telle communauté ou tel groupe (racial, national, ethnique, linguistique, religieux, idéologique ou politique) déterminé* »[1169]. Plus encore, ce même auteur, dans le sillage d'ARONEANU, estimait que seuls les civils « *innocents* » devaient pouvoir bénéficier de la protection conférée par l'incrimination[1170]. Pour reprendre ses termes, « *la victime ne doit pas avoir donné lieu personnellement – à titre de représailles, de punition ou de sanction – au traitement qui lui est infligé ; elle doit être innocente, en ce sens qu'elle ne se soit pas rendue coupable d'une action entrant dans le domaine du droit pénal et justifiant juridiquement le traitement dont elle est victime (provocation, rébellion, etc.)* »[1171]. Davantage que l'innocence, terme qui paraît quelque peu inadapté, c'est en réalité le caractère inoffensif du civil atteint que ces auteurs jugeaient déterminant dans la qualification. Concrètement, ils considéraient que la qualification de crime contre l'humanité ne pouvait pas être appliquée en présence d'une « faute » préalable de la victime, ce qui excluait par conséquent du bénéfice de

---

[1166] Art. 6 al. c) du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg ; Art. 5 al. c) du Statut du du Tribunal militaire international de Tokyo.

[1167] E. ARONEANU, *Le crime contre l'humanité*, *op. cit*., p. 50, n.b.p. n°1 ; J. GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité », préc., p. 545 et s. V. également les différentes définitions, légales et doctrinales, ayant été livrés du concept de crime contre l'humanité à l'aube de sa création recensées par V. PELLA dans son mémorandum présenté à la Commission du Droit international : ILC, *Memorandum Concerning a Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind*, presented by the Secretariat, Doc. off. A/CN.4/39, reproduit dans *Ann. CDI*, 1950, vol. II, n°139.

[1168] J. GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité », préc., p. 545.

[1169] *Ibid*., p. 546.

[1170] E. ARONEANU, *Le crime contre l'humanité*, *op. cit*., p. 50.

[1171] J. GRAVEN, « La répression du crime contre l'humanité », Actes officiels de la VIIIème Conférence internationale pour l'unification du droit pénal, Paris, Pedone, 1949, p. 156.

la protection pénale les criminels de droit commun, mais également tous les civils ayant opposé une résistance à l'oppression.

Plusieurs critiques peuvent être adressées à cette conception. Non seulement elle contredit le principe selon lequel la turpitude de la victime est sans incidence sur la constitution de l'infraction pénale mais elle trouve, de surcroît, ses limites dans le fait que « *le traitement infligé peut aussi être injuste et criminel à l'égard d'une victime qui n'est pas innocente, le caractère injuste et criminel résultant alors de la disproportion entre la faute de la victime et le traitement dont elle est l'objet* »[1172]. Du reste, la prise en compte du comportement de la victime envoie un signal regrettable. Elle induit une certaine justification des atteintes commises contre les résistants à la politique criminelle menée et suggère, dans le même temps, que les populations civiles stigmatisées par des systèmes criminels devraient se résoudre à subir le mal qui leur est infligé.

488. Délimitation extensive du domaine personnel passif de l'infraction par la jurisprudence de l'après-guerre. – L'examen des décisions rendues à l'occasion des procès d'après-guerre révèle néanmoins que la jurisprudence n'a pas embrassé cette approche restrictive du crime contre l'humanité.

489. Application de la qualification à des crimes commis contre des civils « offensifs ». – D'abord, plusieurs jugements permettent de constater que la qualification de crime contre l'humanité n'a pas été réduite aux crimes commis contre des civils inoffensifs – ou *innocents*, pour reprendre les termes des auteurs précités –.

L'affaire des *Ministères,* jugée par le tribunal militaire américain, fournit un premier exemple. L'un des accusés, *Berger*, a en effet été condamné du chef de crime contre l'humanité, en tant que supérieur hiérarchique, à raison d'opérations meurtrières conduites par un commando militaire au cours desquelles « *1 337 bandits ont été comptés morts, 737 prisonniers immédiatement exécutés, 7 828 exécutés après interrogatoire ; quant aux complices et aux suspects de la guérilla, 14 257 ont été exécutés, et 363 211 Juifs ont été exécutés* »[1173]. Les juges n'ont ainsi accordé aucune considération au statut des victimes ; qu'ils aient été des criminels ou des personnes exemptes de tout reproche n'a eu aucune forme d'incidence sur la qualification du crime contre l'humanité.

MEYROWITZ invoque par ailleurs au renfort de cette conclusion plusieurs décisions rendues par la Cour suprême allemande de la zone britannique, desquelles il appert qu'aucune victime n'était indigne de protection : « *les crimes contre l'humanité pouvaient être constitués par le traitement inhumain infligé à des détenus de droit commun – indépendamment de la*

[1172] H. MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n°10 du conseil de contrôle allié*, *op. cit*., p. 167.

[1173] *USA c. Ernst von Weizsäcker and others*, « The Ministries case », préc., p. 545 (v. pp. 541-546) : « *1,337 bandits were counted dead, 737 prisoners immediately executed, 7,828 executed after questioning ; and that of accomplices and guerrilla suspects, 14,257 were executed, and 363,211 Jews were executed* » (traduction libre).

question de savoir si les peines dont ces prisonniers avaient été frappés devaient être considérées comme justes ou comme excessives – ou par des peines excessives prononcées pour des délits militaires, politiques, ou économiques »[1174].

On peut ajouter à cette jurisprudence celle rendue par la Cour de cassation française dans deux affaires distinctes, les affaires *Barbie* et *Touvier*. Dans la première, la Chambre criminelle censura l'arrêt de la Chambre de l'instruction qui avait décidé de retenir la qualification de crime contre l'humanité à l'endroit des seules persécutions commises contre les « *juifs innocents* »[1175], à l'exclusion des résistants. Les juges ont aboli toute distinction de cet ordre au sein des victimes du crime contre l'humanité en déclarant, dans un attendu de principe éloquent, que « *constituent des crimes imprescriptibles contre l'humanité, au sens de l'article 6(c) du Statut du tribunal militaire international de Nuremberg (...) les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition* »[1176]. Cette définition, confirmée par l'arrêt *Touvier*[1177], était certainement teintée d'opportunisme. À raison de l'acquisition de la prescription de l'action publique relativement au crime de guerre, seule la qualification de crime contre l'humanité pouvait fonder l'engagement de la responsabilité pénale de l'accusé. Ces considérations, qui n'auront pas échappé à la Chambre criminelle, ont sans aucun doute pesé en faveur de cette lecture extensive de l'infraction. Reste que la solution énoncée n'emporte aucun élargissement indu du domaine du crime contre l'humanité. Que la victime ait été un résistant ne vient pas diluer l'essence de cette infraction : le crime, commis contre des personnes incarnant un obstacle à l'accomplissement de la politique criminelle, s'analyse bien comme un moyen de mener à bien la réalisation de l'entreprise d'ensemble. Aussi est-il fondé à recevoir la qualification de crime contre l'humanité. Il faut toutefois préciser que c'est à la seule condition que la vocation de la résistance se situe dans un engagement contre le projet criminel contre l'humanité qu'il peut en aller de la sorte. Dans l'hypothèse où l'opposition des résistants aurait eu pour objet un autre pan de la politique nazie, par exemple, la politique d'agression armée, la qualification de crime contre l'humanité serait dépourvue de bien-fondé car l'atteinte des résistants n'entretiendrait plus, alors, de rapport fonctionnel avec le projet d'oppression caractéristique du crime contre l'humanité[1178].

[1174] H. MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n°10 du conseil de contrôle allié*, *op. cit.*, n°167.

[1175] Cass. crim. 20 déc. 1985, *Bull. crim.*, n° 407, *JCP G*, 1986, I, 20655. Pour d'autres commentaires de cette décision, v. C. LOMBOIS, « Un crime international en droit positif français. L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », in *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1997, p. 367 ; A. CASSESE, D. SCALIA, V. THALMANN, *Les grands arrêts du droit international pénal*, Dalloz, 2010, p. 186.

[1176] *Ibid*.

[1177] Cass. Crim., 27 nov. 1992, *Bull. crim*. n°394, p. 1082.

[1178] Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit.*, p. 174 critique, en cela, la solution livrée par la chambre criminelle dans l'arrêt *Barbie* car il estime que la plupart des résistants français

490. Application de la qualification à des crimes commis contre des membres des forces armées. – Ensuite, il ressort de la jurisprudence que la qualification de crime contre l'humanité a pu être appliquée à des crimes commis contre des membres des forces armées, ce qui infirme l'idée selon laquelle seuls les civils pourraient être victimes de cette infraction.

Dans l'affaire du *Haut-commandement*, le tribunal militaire américain a par exemple considéré que la politique d'incitation au lynchage des membres des forces aériennes alliées développée par les autorités nazies s'intégrait au programme criminel ourdi par le régime du IIIème Reich, et qu'elle constituait un crime contre l'humanité[1179].

De même, plusieurs jugements délivrés par Cour suprême allemande de la zone britannique en font état, et notamment celui rendu dans l'affaire *H. and others*. En l'espèce, deux officiers de la marine allemande avaient été condamnés à mort par une Cour martiale, le premier, pour avoir critiqué Hitler, le second, pour s'être procuré des cartes d'identité étrangères, vraisemblablement dans le but de déserter. La Cour suprême a déclaré coupable de crime contre l'humanité le juge ayant prononcé une telle sentence, estimant que son comportement s'inscrivait dans la politique de violence et de terreur promue par le régime nazi[1180]. L'affaire *P. and others* peut également être prise en exemple. À la suite de la capitulation allemande, plusieurs combattants de la marine allemande avaient déserté avant d'être arrêtés et traduits devant une Cour martiale qui les avaient condamnés à la peine de mort. La Cour suprême jugea que l'exécution des militaires était constitutive d'un crime contre l'humanité au regard de la disproportion flagrante de la sentence prononcée par rapport au comportement reproché aux accusés. Selon elle, cette condamnation « *constituait une manifestation claire de la justice brutale et intimidante du nazisme, qui niait l'essence même de l'humanité dans un respect aveugle des exigences supérieures de l'État nazi* »»[1181].

Ces différentes décisions montrent que la jurisprudence n'a pas interprété la condition contextuelle voulant que le crime contre l'humanité cible une *population civile* comme impliquant que la victime individuelle ait relevé de cette collectivité. Plus que le statut de la victime, c'est en réalité le rapport entretenu entre le crime en cause et la politique criminelle promue par le régime qui s'est révélé déterminant de la qualification de l'infraction. Cette

---

pendant la seconde guerre mondiale « *combattait principalement la politique germaniste d'occupation criminelle de guerre et non la politique génocidaire nazie* », même si, reconnaît-il, « *certains résistants ont protégé des juifs persécutés* ».

[1179] *USA c. William Von Leeb and others*, « The high command case », case n°12, reproduit dans : Trials of war crimes criminals before the Nuremberg military tribunals under control council law n°10, vol. XI, United states government printing office, Washington, 1950, pp. 675-679.

[1180] *H. and others*, (StS 11/50), Germany, Cologne, Supreme Court for the British zone, 5 sept. 1948. Pour un commentaire, v. A. CASSESE (Dir.), *The oxford companion to international criminal justice*, Oxford university press, 2009, p. 708.

[1181] *P. and others*, (StS 111/48), Germany, Cologne, Supreme Court for the British zone, 7 déc. 1948 : « *had constitued a clear manifestation of the Nazi's brutal and intimidatory justice, wich denied the very essence of humanity in blind deference to the superior exigencies of the Nazi state* » (traduction libre). Pour un commentaire, v. A. CASSESE (Dir.), *The oxford companion to international criminal justice*, *op. cit*., p. 868.

solution est également celle qu'invite à retenir la définition contemporaine du crime contre l'humanité.

b- L'indifférence à la qualité de la victime dans la définition contemporaine de l'infraction

491. Absence de condition personnelle dans la définition des crimes sous-jacents. – La définition du crime contre l'humanité a évolué depuis Nuremberg. Elle est désormais structurée autour de deux éléments, l'un contextuel, l'autre, individuel. La condition voulant que l'attaque cible une *population civile* a été conservée et intégrée aux éléments contextuels de l'infraction. La définition des infractions sous-jacentes, en revanche, ne renferme aucune condition personnelle. En toute logique, le crime individuel doit donc pouvoir être dirigé contre n'importe quelle personne, le seul élément à prendre en considération aux fins de sa qualification de crime contre l'humanité étant qu'il participe de la mise en œuvre de l'entreprise criminelle d'ensemble.

492. Détermination confuse des victimes du crime contre l'humanité par la jurisprudence. – La jurisprudence pénale internationale n'a pas appliqué cette grille de lecture à la détermination des victimes du crime contre l'humanité, ce qui l'a conduit à certains égarements.

493. Jugement *Tadić* : restriction du cercle des victimes aux personnes civiles *stricto sensu* et combattants inoffensifs. – Dans les premières décisions rendues à ce sujet, les Chambres du TPI ont défini la victime individuelle du crime contre l'humanité à l'aune de l'identité du groupe ciblé par l'entreprise d'ensemble, ce qui les a conduit à établir que le crime sous-jacent devait être commis à l'encontre d'une personne civile[1182]. Mais tout en s'estimant tenus par cet élément de définition du contexte de l'infraction, les juges ont considéré qu'il induisait une limitation excessive du cercle des victimes potentielles. De leur avis, « *il serait incompréhensible que seuls les civils, et non les combattants, soient protégés par ces règles (notamment par celle qui interdit les persécutions), puisque l'on peut considérer que ces normes ont un champ et un objet humanitaires plus larges que celles prohibant les crimes de guerre* »[1183]. Pour contourner cette difficulté, les juges ont décidé de retenir une interprétation large de la notion de civil en incluant dans son spectre les combattants qui ne participent pas, ou plus, aux hostilités. Cette approche, défendue dans plusieurs décisions et appuyée sur les dispositions protectrices des conventions de Genève et de ses Protocoles additionnels, assimile ainsi aux civils *stricto sensu* les « *personnes qui ont, à un moment donné, commis des actes de*

[1182] TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°636-643.
[1183] TPIY, jugement *Kupreškić et consorts*, préc., n°547.

résistance ainsi que celles qui étaient hors de combat lorsque le crime a été commis »[1184], dans le but d'étendre au maximum le domaine d'application du crime contre l'humanité.

494. Arrêt *Blaskić* : restriction du cercle des victimes aux personnes civiles *stricto-sensu*. – Aussi louable que soit la finalité recherchée, cette conception jurisprudentielle était à l'origine d'une incohérence majeure : il en découlait que la notion de personne civile n'avait pas le même contenu dans le cadre du crime contre l'humanité que dans celui du crime de guerre. En effet, dans le droit des conflits armés, ce statut est exclusivement réservé aux individus qui ne forment pas les rangs des forces armées. Les membres des groupes belligérants, quant à eux, détiennent le statut de combattant et le conservent jusqu'à leur démobilisation, quelle que soit la situation concrète dans laquelle ils se trouvent[1185]. Autrement dit, un combattant reste un combattant et le fait qu'il soit mis hors d'état de prendre part aux hostilités n'autorise en aucun cas à le considérer comme un civil. L'interprétation extensive de la notion de personne civile développée par les juges du TPIY dans le cadre de leur analyse du crime contre l'humanité était donc en totale rupture avec la définition admise de cette même notion, au sens du crime de guerre. Il n'est donc guère étonnant que la Chambre d'appel du TPIY ait censuré cette approche en affirmant, dans l'arrêt *Blaskić*, que le terme civil, au sens du crime contre l'humanité, devait être défini à la lumière des dispositions du droit humanitaire applicables au crime de guerre[1186]. En soi, cette solution est parfaitement fondée et permet de rendre à la notion de civil sa cohérence. Le problème est toutefois que la Cour, persistant dans sa confusion des éléments contextuels et individuels de l'infraction, a appliqué cette définition à la détermination des victimes individuelles du crime contre l'humanité[1187] : elle décida que

---

[1184] V. not. : TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°643 ; TPIY, jugement *Krnojelac*, préc., n°56 ; TPIY, jugement *Kupreškić et consorts*, préc., n°549 ; TPIY, jugement *Limaj*, préc., n°186 ; TPIY, jugement *Jelisić*, préc., n°54 ; TPIY, jugement *Galić*, préc., n°143 ; TPIY, jugement *Blaskić*, préc., n°214.
Le TPIR tient le même raisonnement : v. not. : TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°582 ; TPIR, jugement *Rutaganda*, préc., n°72 ; TPIR, jugement *Musema*, préc., n° 207 ; TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°330. Notons que cette interprétation a perduré devant le TPIR. Les juges n'ont pas suivi les revirements de jurisprudence (développés *infra*) opérés devant le TPIY.

[1185] Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (Dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, préc., n°1677 : « *Tous les membres des forces armées sont des combattants et seuls les membres des forces armées sont des combattants. Ainsi devrait aussi disparaître une certaine notion de "quasi-combattants" que l'on a parfois tenté d'accréditer sur la base d'activités en relation plus ou moins directe avec l'effort de guerre. Ainsi également disparaît toute notion de statut à temps partiel, mi-civil mi-militaire, guerrier de nuit et paisible citoyen de jour. Un civil qui est incorporé dans une organisation armée du paragraphe précédent devient un militaire et un combattant pour toute la durée des hostilités (en tout cas jusqu'à ce qu'il soit définitivement démobilisé par le commandement responsable prévu au paragraphe 1, qu'il soit au combat ou non, momentanément armé ou non ; s'il est blessé, malade ou naufragé, il a droit à la protection des Ire et IIè Conventions (article 44, paragraphe 8) et, s'il est capturé, à la protection de la IIIè Convention (article 44, paragraphe 1)* ».

[1186] TPIY, arrêt *Blaskić*, préc., n°114-116. Confirmé notamment par : TPIY, arrêt *Kordić et Čerkez*, préc., n°97 ; TPIY, arrêt *Galić*, préc., n°144 et n.b.p. n°437 ; TPIY, jugement *Mrškić et consorts*, préc., n°443-463 ; TPIY, jugement *Martić*, préc., n°50-56.

[1187] TPIY, arrêt *Blaskić*, préc., n°107 : « *La Chambre d'appel considère que ce qui caractérise les crimes contre l'humanité ce sont à la fois la qualité de civil de la victime et leur ampleur ou leur degré d'organisation* » (nous soulignons). v. également : TPIY, jugement *Mrškić et consorts*, préc., n°462-463 ; TPIY, jugement *Martić*, préc., n°51.

seules étaient concernées les personnes civiles *stricto sensu*, à l'exclusion, donc, de tous les combattants. Ce revirement jurisprudentiel a ainsi initié une restriction considérable du domaine de l'infraction et, partant, un net recul de la protection pénale instituée par rapport au droit de l'après-guerre, dans lequel le champ répressif du crime contre l'humanité ne souffrait d'aucune limitation.

495. Arrêt *Martić* : absence de limitation quelconque. – Il a fallu attendre l'arrêt *Martić*, rendu en 2008, pour que la jurisprudence dissocie les éléments contextuel et individuel du crime contre l'humanité dans le cadre de la détermination des victimes du crime contre l'humanité. La Chambre de première instance, suivant le raisonnement des juges de l'arrêt *Blaskić*, avait jugé que seules les personnes civiles pouvaient être victimes de crime contre l'humanité[1188]. L'Accusation contesta cette décision au moyen de deux arguments. D'une part, elle soutenait que l'expression « population civile », au sens du crime contre l'humanité, ne devrait pas voir son sens limité à celui qui est le sien en droit humanitaire, mais devrait inclure d'autres catégories de personnes, en particulier les personnes hors de combat[1189]. D'autre part, et à titre subsidiaire, elle avançait que le critère selon lequel les crimes doivent être dirigés contre une population civile n'implique pas nécessairement que chaque victime de ces crimes soit effectivement un civil[1190]. La chambre d'appel rejeta le premier argument mais accueillit favorablement le second. Selon elle, « *rien dans le libellé de l'article 5 du Statut (...) n'exige que les victimes du crime contre l'humanité prises individuellement soient des civils* »[1191] de sorte qu' « *une personne hors de combat peut donc être victime d'un acte constituant un crime contre l'humanité, dès lors que toutes les autres conditions requises sont remplies, notamment que l'acte en question s'inscrit dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile, quelle qu'elle soit* »[1192]. Par cette solution, la Chambre d'appel met fin aux confusions qui imprégnaient la jurisprudence des TPI depuis une dizaine d'années en distinguant, conformément à la lettre du texte, deux niveaux d'analyse : rappelant, d'un côté, que la cible de l'entreprise d'ensemble doit impérativement consister dans une population civile pour que le contexte infractionnel puisse être constitué, elle signale, d'un autre côté, que l'accomplissement de cet objectif peut se concrétiser par l'atteinte de personnes qui n'appartiennent pas à la collectivité visée. Et si la Cour se réfère à cet effet à la situation particulière des personnes hors de combat, la solution énoncée doit être généralisée : *toute personne* peut être victime d'un crime contre l'humanité puisque la définition des crimes sous-jacents ne prévoit aucune forme de restriction. Qu'il s'agisse de personnes civiles, de résistants,

[1188] TPIY, jugement *Martić*, préc., n°50-56.
[1189] TPIY, arrêt *Martić*, préc., n°275.
[1190] *Ibid*.
[1191] *Ibid*, n°307.
[1192] *Ibid*, n°313.

de membres des forces de l'ordre[1193], de combattants, actifs ou non[1194], ne présente aucune importance. Le seul critère est que le crime commis ait été voué à concrétiser, *in fine*, l'atteinte à la population civile désignée comme cible par le collectif criminel. Cette interprétation, en accord avec la jurisprudence rendue par les juridictions d'après-guerre, a été reconduite par le TPIY[1195] et adoptée par les juges de la CPI[1196], ce qui laisse présager son maintien. Il faut, en tout état de cause, espérer qu'il en aille ainsi car cette approche rend à l'incrimination sa pleine effectivité en étendant son champ d'application à tout comportement d'exécution de l'entreprise criminelle, sans limitation prise de la qualité de la victime atteinte à cet effet.

496. Transition. – Le crime contre l'humanité répond ainsi à la même logique que le crime de guerre. L'étude du génocide fausse cependant ce constat d'unité puisqu'il en ressort que cette infraction est conditionnée par l'appartenance de la victime au groupe ciblé par l'entreprise criminelle globale.

B. La victime du crime de génocide

497. Limitation du champ d'application personnel passif de l'infraction. – Le texte d'incrimination du génocide renferme une condition inconnue des autres infractions internationales : le crime sous-jacent doit être dirigé contre des *membres du groupe* ciblé pour être constitutif d'un génocide[1197]. Cette condition limite significativement le champ répressif de

---

[1193] *Contra* : TPIR, *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°127 où il avait été affirmé que les personnes chargées de maintenir l'ordre public et investies du pouvoir de faire usage de la force publique, par exemple les forces de police et de gendarmerie nationale, ne pouvaient être considérées comme des civils ce qui les empêchait, par conséquent, de se prévaloir de la protection conférée par l'incrimination. Cette solution, qui s'inscrivait dans le courant jurisprudentiel exigeant que la victime individuelle du crime contre l'humanité ait été une personne civile, était largement discutable, les forces de l'ordre n'étant pas des combattants sinon des personnes en charge du maintien de l'ordre public interne. En ce sens : K. AMBOS, S. WIRTH, « The current law of crimes against humanity : an analysis of UNTAET Regulation A5/2000 », *Criminal Law forum*, vol. 13, 2002, p. 25. Il faut toutefois souligner que ces auteurs confondent la victime de l'entreprise collective et la victime du crime sous-jacent et retiennent, par conséquent, que cette dernière doit être une personne civile. Leur conclusion, selon laquelle « *an effective protection of <u>any</u> individual against inhumane act is requiered* », est en réalité appuyée sur une interprétation extensive de la notion de civil, peu compatible avec la jurisprudence actuelle. Selon K. AMBOS, « Selected Issues Regarding the "Core Crimes" in International Criminal Law », préc., p. 247, le mieux serait de supprimer purement et simplement la condition contextuelle voulant que la cible de l'entreprise d'ensemble soit une population civile pour ouvrir au maximum le champ d'application de l'infraction. Mais dès que l'on comprend que la victime du crime sous-jacent n'a pas nécessairement à appartenir à la population civile ciblée, il apparaît que cette proposition radicale n'a pas lieu d'être.

[1194] En ce sens : A. CASSESE, P. GAETA, *Cassese's international criminal law*, *op. cit*., p. 104.

[1195] TPIY, arrêt *Mrškić et consorts*, préc., n°23-33, spécif. n°29-33 ; TPIY, jugement *Popović et consorts,* préc., n°755 ; TPIY, arrêt *Milosević*, préc., n°58 ; TPIY, jugement *Karadžić*, préc., n°476.

[1196] CPI, jugement *Bemba*, préc., n°156 ; CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°669.

[1197] Cette exigence ressort de la définition conventionnelle du crime de génocide, libellée comme suit : « *Aux fins du présent Statut, on entend par crime de génocide l'un quelconque des actes ci-après commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel : a) Meurtre de <u>membres du groupe</u> ; b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale <u>de membres du groupe</u> ; c) Soumission intentionnelle <u>du groupe</u> à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ; d) Mesures visant à entraver les naissances <u>au sein du groupe</u> ; e) Transfert forcé d'enfants <u>du groupe</u> à un autre groupe* » (nous soulignons).

l'infraction puisqu'il en découle que seules les atteintes dirigées contre des individus appartenant à la collectivité stigmatisée peuvent être qualifiées de génocide. Mais avant de procéder à sa critique (2), il faut s'attacher à préciser son contenu (1).

1- L'exigence d'appartenance de la victime au groupe ciblé par l'entreprise d'ensemble

498. Appréciation large de l'appartenance au groupe. – Dans le droit fil des dispositions légales, la jurisprudence retient que seuls les comportements destructeurs dirigés contre un membre du groupe stigmatisé sont constitutifs du génocide. Mais la délimitation du champ d'application de l'infraction est moins restrictive qu'elle n'y paraît puisqu'il est admis que l'appartenance de la victime au groupe ciblé peut être réelle (a) comme supposée (b).

a- L'appartenance réelle de la victime au groupe ciblé par l'entreprise génocidaire

499. Appartenance au groupe concrètement ciblé. – Pour être constitutif de génocide, l'acte sous-jacent doit être lésionnaire d'un individu membre de l'un des groupes mentionnés par le texte d'incrimination, à savoir un groupe national, ethnique, racial ou religieux. L'Accusation ne peut toutefois se contenter de rattacher abstraitement la victime atteinte à l'une de ces collectivités. Dès lors que le crime de génocide s'analyse en un fait de participation à une entreprise plus large, une entreprise dont l'objet est précisément de détruire une collectivité déterminée, il est impératif de vérifier que la victime lésée appartient au groupe *concrètement* ciblé par le système criminel[1198]. C'est à cette seule condition qu'il peut être considéré que « *la perpétration de l'acte incriminé dépasse alors sa simple réalisation matérielle, par exemple meurtre d'un individu particulier, pour s'insérer dans la réalisation d'un dessein ultérieur, qui est la destruction totale ou partielle du groupe dont l'individu n'est qu'une composante* »[1199], comme le veut la notion de génocide.

500. Caractérisation de l'appartenance au groupe ciblé. – Pour caractériser l'appartenance de la victime à la collectivité prise pour cible, l'accusation devra établir qu'elle en partageait les caractéristiques identitaires, telles que les a identifiées la jurisprudence. Pour rappel, elle retient que « *le groupe national qualifie un ensemble de personnes considérées comme partageant un lien juridique basé sur une citoyenneté commune, joint à une réciprocité de droits et de devoirs* »[1200] ; « *un groupe ethnique se définit comme un groupe dont les membres*

[1198] TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°319 : « *La victime ou les victimes appartenaient au groupe ethnique, racial, national ou religieux visé* » (nous soulignons).
[1199] TPIR, jugement *Rutaganda*, préc., n°60.
[1200] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°512.

partagent une langue ou une culture commune »[1201] ; « *un groupe racial se distingue par des traits physiques héréditaires souvent identifiés par une région géographique indépendamment des facteurs linguistiques, culturels, nationaux ou religieux* »[1202] ; « *un groupe religieux se définit comme un groupe dont les membres partagent la même religion, confession ou pratique du culte* »[1203]. Ces critères dégagés servent ainsi deux appréciations essentielles à la qualification du génocide : d'une part, celle de l'existence du groupe protégé, qui conditionne l'élément contextuel du génocide ; d'autre part, celle de l'appartenance de la victime à cette collectivité, dont dépend la constitution de l'élément individuel de l'infraction.

501. Transition. – Pour autant, la jurisprudence du TPIR a grandement assoupli cette condition d'appartenance de la victime au groupe protégé en admettant qu'elle puisse n'être que putative.

b- L'appartenance supposée de la victime au groupe ciblé par l'entreprise génocidaire

502. La croyance de l'auteur en l'appartenance de la victime au groupe ciblé. – Dans plusieurs décisions, la jurisprudence du TPIR a procédé à une interprétation extensive de la condition exigeant que la victime ait été un membre du groupe ciblé en énonçant que « *la preuve doit être rapportée soit que la victime appartenait au groupe ethnique, racial, national ou religieux visé, soit que l'auteur du crime croyait qu'elle appartenait à ce groupe* »[1204]. De l'avis des juges du TPIR, cette approche subjective de la qualité de membre du groupe de la victime atteinte trouve un ancrage dans la jurisprudence applicable à la détermination du groupe ciblé par l'entreprise génocidaire globale. Les concepts de race ou d'ethnie étant trop fuyants pour être objectivement définis, la jurisprudence a en effet admis que « *la question de savoir si tel ou tel groupe bénéficie de la protection prévue à l'article 2 du Statut doit s'apprécier au cas par cas sur la base des caractéristiques objectives du contexte social ou historique considéré et des perceptions subjectives des auteurs présumés des infractions* »[1205]. Ainsi, la jurisprudence admet que la représentation que les acteurs de l'entreprise se font de la collectivité visée puisse servir à la qualification de la composition du groupe. Pour prendre un exemple concret, le fait qu'un ensemble d'individus ait été identifié comme un groupe racial par l'oppresseur pourra être pris en compte pour établir l'existence de la collectivité protégée. Prenant appui sur ces considérations, les juges du TPIR ont étendu cette approche subjective à la détermination des

[1201] *Ibid*., n°513.
[1202] *Ibid*., n°514.
[1203] *Ibid*., n°515.
[1204] TPIR, jugement *Gacumbitsi*, préc., n°255 (Nous soulignons). V. aussi : TPIR, jugement *Muhimana*, préc., n°500 ; TPIR, jugement *Kajelijeli*, préc., n°813..
[1205] TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°317. V. également : TPIR, jugement *Rutaganda*, préc., n°56-68 ; TPIR, jugement *Musema*, préc., n°163 ; TPIR, jugement *Gacumbitsi*, préc., n°254 ; TPIR, jugement *Kajelijeli*, préc., n°811.

personnes protégées en énonçant que « *si au vu des éléments de preuve présentés, la victime est regardée par l'auteur du crime comme appartenant à un groupe protégé, la Chambre devrait la considérer comme membre d'un groupe protégé, aux fins du crime de génocide* »[1206].

503. Application aux faits : affaire *Ndindabahizi*. – Cette approche subjective de l'appartenance de la victime au groupe visée a été mise en œuvre dans le jugement *Ndindabahizi* rendu par le TPIR. Dans cette affaire, le meurtre de plusieurs tutsis avait été constaté par la chambre, mais celui d'un individu posait difficulté. La victime, dénommée Nors, était de mère rwandaise – sans toutefois que l'on ait su si cette dernière était tutsie ou hutu – et de père allemand. Or, au Rwanda, l'appartenance ethnique est déterminée par l'identité du père, de sorte qu'il était *a priori* impossible d'établir que le meurtre en cause avait été dirigé contre un membre du groupe visé. Pour autant, la chambre considéra que « *pour déterminer si Nors était ou non membre d'un groupe protégé, en l'occurrence membre du groupe ethnique tutsi, les intentions subjectives des auteurs du meurtre sont d'importance primordiale* »[1207]. Forte de ce constat, elle jugea que les faits pouvaient bien être qualifiés de génocide étant donné que « *les témoignages recueillis en l'espèce montrent qu'au Rwanda en 1994, les traits physiques d'un individu étaient un indice révélateur important, voire déterminant, de son appartenance ethnique. Comme Nors avait les traits physiques d'un Tutsi, on l'aurait considéré comme Tutsi. Le fait d'avoir un des deux parents d'origine européenne n'exclut pas qu'on puisse être considéré comme étant à moitié tutsi : en fait, plusieurs témoins l'ont décrit comme étant un* "métis"*, ce qui semblerait indiquer qu'on le considérait comme étant moitié européen, moitié rwandais. Il est très peu probable qu'il aurait été visé si on avait considéré qu'il appartenait à l'ethnie rwandaise ou hutue ou twa. Nors a aussi été tué tout juste après que l'accusé eut demandé qu'on tue les Tutsis, ce qui vient indirectement étayer la déduction que c'est précisément pour cette raison qu'il a été tué* »[1208].

504. Appréciation critique. – Les efforts de la Cour à caractériser *l'apparence* d'appartenance de la victime au groupe ciblé ne suffisent pas à convaincre de cette solution. Le texte d'incrimination est clair et ne ménage aucune forme d'appréciation : l'acte sous-jacent doit léser un *membre* du groupe visé. Le raisonnement des juges aurait pu être admis s'il avait été fait mention de l'appartenance réelle *ou supposée* de la victime au groupe discriminé, comme c'est par exemple le cas dans la définition que pose le Code pénal français de la discrimination[1209]. Mais à défaut de prévision en ce sens, la décision de la Cour est *contra legem*

[1206] TPIR, jugement *Bagilishema*, préc., n°65. V. également : TPIR, jugement *Seromba*, préc., n°318.
[1207] TPIR, *Affaire le Procureur c. Ndindabahizi*, jugement (ICTR-2001-71-T), ch. prem. inst. I, 15 juil. 2004, n°468 (ci-après : « jugement *Ndindabahizi* »).
[1208] *Ibid*., n°469
[1209] C. pén., art. 225-1 : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de (...) leur appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée* » (nous soulignons).

puisqu'elle néglige la caractérisation d'une condition objective posée par le texte d'incrimination. Du reste, et contrairement à ce que laisse entendre la jurisprudence, cette approche purement subjective de la *personne* protégée n'a jamais été admise dans le cadre de la détermination de l'existence du *groupe* protégé[1210]. En réalité, les chambres privilégient une approche mixte, reposant sur la prise en compte combinée de données subjectives *et* objectives[1211], ce qui montre que la perception des acteurs du génocide n'est pas considérée comme un critère suffisant à la qualification du contexte de l'infraction[1212]. À cet égard, l'extension du génocide aux crimes commis contre des victimes n'appartenant pas au groupe ciblé est critiquable. La Cour a semble-t-il fait primer, ici, des considérations d'ordre moral, auxquels certains auteurs ont d'ailleurs donné corps dans leurs écrits. Ils estiment en effet qu'« *une appartenance supposée, qui motive l'acte criminel, ne saurait par la suite offrir un argument disculpant son auteur si celle-ci s'avère erronée. Il serait dans ce sens absurde qu'un Serbe extrémiste échappe à la justice en invoquant une erreur sur la victime, qu'il croyait musulmane bosniaque alors qu'elle était également serbe* »[1213]. Mais c'est pourtant ce à quoi devrait conduire la stricte interprétation du texte, la méprise étant ici constitutive d'une erreur de fait puisque l'auteur s'est bien trompé sur la réalité de la matérialité de la situation constitutive de l'infraction[1214]. Il est certain que l'erreur, dans un tel cas de figure, ne neutralise pas l'intention criminelle de l'auteur, ce qui explique que le déclarer non-coupable puisse paraître choquant, au plan moral. Il n'en demeure pas moins que le texte d'incrimination exige que cette résolution d'esprit se soit extériorisée dans un comportement matériel précis qui, en l'espèce, n'est pas caractérisé dans tous ses éléments.

505. Transition. – Eu égard à cette interprétation jurisprudentielle, la qualification de génocide va ainsi pouvoir être appliquée à l'atteinte commise à l'encontre d'une victime objectivement étrangère au groupe ciblé, mais seulement parce que l'auteur croyait en son appartenance à cette entité. Toutefois, cette hypothèse est la seule où la jurisprudence admet une telle extension du domaine d'application du génocide. Dans tous les autres cas de figure, elle refuse de retenir cette qualification, ce qui suscite certaines critiques.

[1210] R. YOUNG, « How do we know them when we see them : The subjective evolution in the identification of victim groups for the purpose of genocide », *ICLR*, vol. 10, 2010, p. 15.

[1211] TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°317 : « *la Chambre estime que c'est au cas par cas qu'il convient d'apprécier si tel ou tel groupe est protégé et ce, en s'appuyant à la fois sur les critères objectifs* <u>*et*</u> *subjectifs* » (nous soulignons). Pour d'autres jurisprudences en ce sens, v. celles citées *supra*, à la note de bas de page n°151.

[1212] V. à cet égard TPIR, jugement *Rutanganda*, préc., n°57 où la Chambre affirme expressément que l'approche subjective est insuffisante pour qualifier le groupe protégé. En ce sens également : TPIR, jugement *Musema*, préc., n°162.

[1213] Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit*., p. 116. Dans le même sens : M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°511.

[1214] En ce sens : J. QUIGLEY, *The genocide convention, An international law analysis*, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 157 et s. cité par : M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°517, n.b.p. n°1044.

2- La critique de l'appartenance de la victime au groupe ciblé par l'entreprise d'ensemble

506. Délimitation restrictive du domaine de l'infraction. – En définissant le génocide comme un crime commis à l'encontre *d'un membre du groupe*, les rédacteurs de la Convention ont exclu toute possibilité d'appliquer cette qualification aux atteintes portées à des individus n'appartenant pas au groupe ciblé, fussent-elles commises dans le but ultime de concrétiser la destruction de cette entité. Cette disposition néglige la réalité criminologique du génocide, qui n'est pas différente de celle des autres infractions : la mise en œuvre du projet se solde parfois par l'élimination d'individus qui, certes, n'appartiennent pas à l'entité discriminée, mais qui n'en sont pas moins délibérément atteints pour donner effet au projet destructeur. Les dires de certains accusés devant le TPIR en témoignent. Par exemple, dans son plaidoyer de culpabilité, *Omar Serushago* a reconnu que « *du 7 avril à juillet 1994, plusieurs centaines de milliers de personnes ont été massacrées sur tout le territoire du Rwanda* ». Et de poursuivre que « *la plupart des victimes ont été tuées pour la seule raison qu'elles étaient des tutsi ou ressemblaient à des Tutsis. Les autres victimes, surtout des Hutu modérés, ont été tuées parce qu'elles étaient qualifiées de complices des Tutsi, liés à ces derniers par mariage ou opposées à l'idéologie Hutu extrême* »[1215]. Tenue par le principe d'interprétation stricte, la jurisprudence a été contrainte d'écarter la qualification de génocide à chaque fois que les faits dont elle était saisie correspondaient à cette dernière hypothèse.

507. Refus d'appliquer la qualification aux crimes commis contre des proches n'appartenant pas au groupe ciblé. – On peut d'abord évoquer l'affaire *Akayesu*. Parmi les différentes atteintes à l'intégrité physique ou psychique qui étaient reprochées à l'accusé, figuraient notamment celles portées à l'encontre d'une dame Hutu de 69 ans, battue à plusieurs reprises au cours d'un interrogatoire destiné à obtenir des informations sur la situation d'une femme tutsie qu'elle connaissait[1216]. Conformément à la définition des comportements sous-jacents, la Chambre écarta la qualification de génocide compte tenu de l'identité hutue de la victime ; lesdits actes, expliqua-t-elle, « *ne peuvent pas être constitutifs du crime de génocide commis à l'encontre du groupe tutsi* »[1217]. Pourtant, la victime ultime du comportement en cause, ici, est bien un membre du groupe ciblé. La finalité affectée aux violences en cause permet de les corréler au projet génocidaire et ainsi de les appréhender comme un comportement ayant vocation à assurer son exécution.

508. Refus d'appliquer la qualification aux crimes commis contre des opposants hutus à politique génocidaire. – L'affaire des *Médias Rwandais* illustre quant à elle le cas

[1215] TPIR, *Affaire le Procureur c. Serushago*, sentence, (ICTR-98-39-S), ch. prem. inst. I, 5 fév. 1999, n°25, xxii).
[1216] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°720.
[1217] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°721.

particulier des opposants hutus à la politique génocidaire. Les accusés devaient répondre de la propagande idéologique qu'ils avaient œuvré à diffuser dans les médias, notamment par voie radiophonique, dans le but d'attiser la haine et d'inciter à la perpétration de crimes contre les tutsis mais aussi contre tous ceux qui pouvaient leur prêter appui. Dans le jugement, la Chambre de première instance a pu constater que « *les actes commis contre les opposants hutus l'ont été en raison du soutien que ces derniers ont apporté au groupe ethnique tutsi et en exécution de l'intention de détruire ce groupe* »[1218]. Il s'agit, néanmoins, d'une simple observation de fait. Pour autant, les juges n'ont pas retenu la qualification de génocide, pour la simple et bonne raison que cette question n'était pas celle soumise à leur analyse. Il leur était seulement demandé si les messages haineux émis étaient constitutifs d'une incitation au génocide. Il reste que cette remarque des juges du fond a retenu l'attention de la Chambre d'appel. Afin de dissiper toute ambiguïté, cette dernière est venue souligner que « *même si les responsables du génocide ont pu considérer que l'élimination des opposants politiques hutus était nécessaire pour mener à bien leur projet génocidaire à l'encontre de la population tutsie, les meurtres d'opposants politiques hutus ne peuvent constituer des actes de génocide* »[1219]. Cette précision que les juges ont pris le soin d'effectuer, alors même que les conclusions de la chambre de première instance ne le commandaient pas expressément, est éloquente. Elle montre que la position de la jurisprudence demeure intangible[1220] : l'infraction de génocide est exclusive des atteintes portées à des individus n'appartenant pas au groupe ciblé, quand bien même leur perpétration aurait eu pour finalité ultime de concrétiser la destruction de cette entité.

509. Application de la qualification de crime contre l'humanité. – Le refus d'appliquer la qualification de génocide aux atteintes perpétrées à l'encontre d'individus n'appartenant pas à la collectivité ciblée n'emporte pas, cependant, l'impunité de leurs auteurs. Afin d'éviter cet écueil, la jurisprudence retient qu'il faut s'en remettre à la qualification de crime contre l'humanité lorsque celle de génocide est inapplicable[1221]. La définition de cette infraction l'autorise effectivement puisque l'on peut considérer qu'une fraction de la population civile, précisément les opposants à la politique génocidaire, a bien été désignée par une organisation criminelle et qu'en application de cette ligne de conduite, des individus ont été victimisés. Cette solution emporte toutefois un enchevêtrement des qualifications qui n'a pas lieu d'être. Si toutes les infractions internationales ont en commun de s'inscrire dans la réalisation d'un projet attentatoire à l'existence d'un groupe, toutes sont définies à l'endroit de projets de nature distincte. Ce projet poursuivi constitue donc, en toute logique, le critère présidant à la détermination de la qualification applicable. Certes, il se peut que coexistent plusieurs projets criminels distincts : le gouvernement nazi, par exemple, poursuivait

[1218] TPIR, jugement *Nahimana et consorts*, préc., n°948.
[1219] TPIR, arrêt *Nahimana et consorts*, préc., n°496.
[1220] Cette position a été réaffirmée par la suite, dans une affaire impliquant des faits similaires : TPIR, *Affaire le Procureur c. Nchamihigo*, jugement (ICTR-01-63-T), ch. prem. inst. III, 12 nov. 2008, n°337-338.
[1221] *Ibid*.

simultanément des ambitions martiales, la soumission des pays européens à l'autorité allemande, et criminelles, notamment l'extermination du peuple juif. Le cas échéant, l'application de plusieurs qualifications internationales est bien fondée et permet au demeurant de rendre compte des différents aspects de la politique criminelle. Mais dans la situation qui nous intéresse, la démarcation que propose la jurisprudence est artificielle car il n'y a pas plusieurs projets criminels déterminés ; l'un qui aurait pour objet l'extermination du groupe ethnique ; un autre qui, en parallèle, promouvrait l'oppression d'opposants politiques. L'ensemble des exactions commises est en réalité soutenu par un projet criminel unique, le projet génocidaire. Tous les crimes perpétrés, quelle qu'en soit la victime, s'analysent ainsi en des comportements d'exécution dudit projet ; simplement, certains sont plus indirects que d'autres. Appliquer différentes qualifications aux crimes commis rompt l'unité de la situation criminelle et entame, au demeurant, la valeur expressive de ces qualifications.

510. Extension nécessaire du champ d'application personnel passif du crime de génocide *de lege ferenda*. – La délimitation du champ d'application personnel passif du génocide devrait dès lors être reconsidérée. Non pas que toute forme d'atteinte commise au cours d'un tel contexte politique puisse y être intégrée ; dans certaines affaires, la jurisprudence a justement écarté la qualification de génocide étant donné que les crimes en cause n'entretenaient aucun lien avec le projet de destruction. Tel était le cas, par exemple, dans l'affaire *Bagosora et consorts*, dans laquelle l'accusation avait subsumé sous cette qualification le meurtre d'un hutu *d'opposition démocratique*, c'est-à-dire d'un opposant au régime politique rwandais, et non d'un opposant *à la politique génocidaire*[1222]. Ces deux formes d'oppositions n'ont pas le même objet et doivent par conséquent être soigneusement distinguées. La persécution des premiers – les opposants au régime, en général – n'entretient aucun lien avec la politique génocidaire. Elle prend racine dans leurs convictions politiques, différentes de celles du pouvoir en place et n'a nullement vocation à favoriser l'extermination de la collectivité marginalisée. En revanche, l'atteinte des seconds –les opposants à la politique génocidaire – peut être ramenée dans le giron de l'entreprise de destruction dès lors que ces «*"résistants", bien que non tutsis, ont alors été poursuivis sur le fondement d'un mobile ethnique car ils gênaient la mise en œuvre de la politique génocide ethnique. C'est bien afin de faire disparaître le groupe ethnique des Tutsis que les criminels ont tué des Hutus "résistants"*»[1223]. Pourquoi ne pas reconnaître dans ces « *résistants* » hutus, et plus largement dans tous les individus atteints parce qu'ils incarnent un obstacle à l'accomplissement du projet de destruction, des victimes

[1222] TPIR, jugement *Bagosora et consorts*, préc., n°2145. Dans le même ordre d'idées, les meurtres de dix casques bleus belges avaient été subsumés sous le chef de génocide dans l'acte d'accusation. Le Procureur avançait qu'ils avaient été commis pour forcer la Belgique à retirer son contingent de la Mission des Nations Unies pour l'assistance au Rwanda et, partant, pour faciliter les massacres qui allaient avoir lieu (*Ibid*., n°2118). Pour la Chambre, l'animosité nourrie à l'égard du contingent belge était plutôt l'expression de sentiments anticoloniaux et due à son appui supposé au Front Patriotique Rwandais (parti d'opposition Rwandais) : *ibid*., n° 2118 qui renvoie aux n°754-796 du jugement.
[1223] Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit*., p.173.

du génocide ? Comme l'a souligné un auteur, l'extension de l'infraction à ce type de comportement serait tout à fait conforme à la *ratio legis* de l'infraction étant donné qu'« *incriminer au titre du génocide les actes dirigés contre les personnes qui constituent des obstacles à l'accomplissement du projet génocidaire, c'est encore concourir à la protection du droit à l'existence du groupe qui sous-tend l'incrimination* »[1224]. Que la réalisation du projet soit recherchée par des atteintes directes ou indirectes au groupe ne devrait pas importer dans la mesure où leur vocation est bien de rendre effective sa destruction. Admettre cette solution offrirait trois avantages : d'abord, celui de permettre la poursuite et la répression de tous les comportements contribuant à l'exécution de l'entreprise destructrice du chef de génocide ; ensuite, celui de légitimer la jurisprudence admettant le génocide commis à l'encontre d'un individu que l'auteur *croyait* appartenir au groupe ; enfin, celui d'aligner la définition du génocide sur celle des autres infractions internationales que sont le crime de guerre et le crime contre l'humanité et, par là même, de renforcer l'unité de cette catégorie.

511. Conclusion de la section 2. – Bien que cette étude s'achève sur le constat d'une restriction du champ répressif du génocide, il n'en demeure pas moins que le cercle des actes d'exécution répréhensibles reste plutôt étendu. Une conclusion générale se dégage selon laquelle le domaine personnel des infractions n'est pas délimité en contemplation des attributs de l'entreprise d'ensemble. D'un côté, il n'est aucune exigence d'affiliation de l'exécutant à l'organisation armée ou criminelle à l'œuvre. Tout fait de participation à la réalisation de l'entreprise est punissable, sans que n'entre en jeu la qualité de son auteur. D'un autre côté, l'appartenance de la victime individuelle à la collectivité ciblée au plan global n'est pas non plus une condition nécessaire, du moins pour ce qui concerne le crime contre l'humanité et le crime de guerre. Certes, cette dernière infraction intègre des crimes sous-jacents définis par référence à une victime particulière. Mais ce n'est là qu'une manifestation du critère d'injustice ayant été identifié, et cela n'empêche pas de constater, du reste, que le concept de crime de guerre englobe des atteintes portées à l'encontre de toute personne, qu'elle soit combattante ou non et qu'elle appartienne aux rangs de l'ennemi ou aux rangs alliés. En somme, du moment que l'acte d'exécution de l'entreprise martiale présente un caractère injuste, il devient répréhensible indépendamment de la qualité de la victime atteinte. En revanche, le crime de génocide fait exception à la règle, l'appartenance (réelle ou supposée) de l'individu lésé au groupe visé par le processus destructeur étant une condition impérative de cette qualification. Cette restriction est regrettable puisqu'elle conduit à soustraire à l'application de la loi pénale internationale des crimes qui, sans être directement dirigés contre les membres du groupe stigmatisé, restent au service de la réalisation de l'entreprise génocidaire. Au-delà, cette condition entame l'unité de la notion d'infraction internationale puisque seul le génocide est

[1224] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit.*, n°523.

soumis à une telle limite. C'est la raison pour laquelle son abandon de *lege ferenda* est à considérer, dans le but de rendre l'incrimination des actes d'exécution pleinement effective.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

512. Dans le système de l'infraction internationale, les crimes sous-jacents sont ce que l'on pourrait appeler le corps du délit : ils correspondent aux différentes manifestations extérieures du fait de participation à l'entreprise d'ensemble que le « législateur » international a soumis à la menace d'une peine. Or visiblement, celui-ci n'a pas entendu poser de limites à la répression des actes d'exécution des entreprises considérées : l'examen des crimes sous-jacents du crime de guerre, du crime contre l'humanité et du génocide a en effet permis de montrer que toute contribution à l'accomplissement du projet d'ensemble est justiciable du droit international, à quelques rares exceptions.

513. Une première limite, marquée par le critère d'injustice, s'est profilée à l'analyse des infractions sous-jacentes, encore qu'elle n'est pas générale puisqu'elle ne concerne que le crime de guerre. Compte tenu de la menace à laquelle sont exposées les parties au conflit, le droit leur ménage une marge de réaction légitime : l'atteinte du groupe adverse est licite si elle procède du strict exercice d'un droit de défense dans l'adversité. Ainsi, dans le cadre d'une entreprise martiale, tout comportement participant de la soumission de l'ennemi n'est pas répréhensible. Seuls le sont ceux qui ne relèvent pas de cette cause d'exonération, soit les actes d'exécution présentant un caractère injuste. Pour ce qui concerne les entreprises criminelles contre l'humanité et génocidaires, l'élément d'injustice ne présente pas d'effet limitant pour la simple raison que l'atteinte au groupe ciblé est en toutes circonstances injustifiable. L'entreprise collective est criminelle par essence, de sorte qu'il n'y aucune sélection à opérer parmi les actes prenant part à son accomplissement : tous sont injustes, et par là même répréhensibles. Cet élément injuste est le seul caractère constant des comportements d'exécution répréhensibles. Sur le plan matériel, il a ainsi été vu que les infractions internationales considérées peuvent trouver à s'extérioriser dans une infinité d'attitudes objectives. En effet, les infractions sous-jacentes sont si souplement définies par la loi et si largement interprétées par la jurisprudence, qu'elles permettent d'atteindre toute action concrétisant la réalisation de l'entreprise globale, quelle que soit sa forme extérieure. De même, il n'est aucune limite prise de la qualité de l'exécutant. Enfin, la qualité de la victime atteinte ne peut pas non plus être présentée comme un trait saillant des actes d'exécution punissables dans la mesure où seul le crime de génocide est soumis à une condition de cet ordre. Cette prise en compte exceptionnelle de la victime atteinte est plutôt curieuse puisqu'elle conduit à une restriction du cercle des participations punissables, alors que tout porte à croire que les rédacteurs des textes ont cherché à étendre au maximum le champ d'application du droit international pénal.

514. Néanmoins, cette limite n'empêche pas de considérer qu'ils sont arrivés à cette fin, le système normatif assurant la répression quasi généralisée des actes d'exécution des entreprises d'ensemble. Il est difficile d'en dire autant s'agissant des actes d'organisation des entreprises d'ensemble.

Chapitre 2. Un acte d'organisation de l'entreprise d'ensemble

515. L'incrimination marginale des actes d'organisation des entreprises d'ensemble. – Si les actes d'exécution des entreprises d'ensemble sont très largement couverts par le droit international pénal, il est impossible d'en dire autant des actes se rapportant à leur organisation. Le processus préparatoire des entreprises illicites, qui s'étend de la conception du projet criminel au lancement des opérations concrétisant sa réalisation, est en effet criminalisé dans une bien moindre mesure. Seul le crime d'agression permet en réalité d'atteindre ce type de comportement ; les autres infractions internationales, quant à elles, ne visent aucune participation de cette nature.

On ne peut que s'étonner de la criminalisation marginale des actes d'organisation des entreprises illicites. Cette étape préalable est en effet déterminante de la réalisation des entreprises d'ensemble puisqu'elle permet la mise en place un cadre propice à la perpétration d'exactions à si grande échelle. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle eux qui orchestrent les entreprises d'ensemble sont considérés comme les principaux responsables des crimes internationaux et donc comme les participants les plus moralement reprochables. En toute logique, la répression des actes d'organisation des entreprises martiales et criminelles devrait dès lors constituer une priorité. Du reste, l'enjeu n'est pas seulement symbolique. La condamnation des organisateurs et autres têtes pensantes de ces entreprises revêt par ailleurs une fonction dissuasive cruciale puisqu'elle signale que nul ne saurait échapper à la justice pénale internationale, y compris les chefs les plus hauts placés.

Sous cette perspective, le droit international pénal est empreint d'un certain paradoxe : alors que la répression des actes d'organisation des entreprises d'ensemble constitue vraisemblablement un enjeu majeur de la justice pénale internationale, ces comportements échappent pour une grande partie aux prévisions des textes d'incrimination. Il est vrai que ce constat ne s'impose pas avec la même force selon la nature de l'entreprise considérée. Compte tenu de l'existence du crime d'agression, le paradoxe souligné est moins flagrant quand on raisonne sur les entreprises martiales. Il trouve toutefois une expression dans les limites auxquelles est soumise l'incrimination des actes d'organisation (**Section 1**). Mais ce sont assurément les infractions liées à une entreprise criminelle, qu'elle soit inhumaine ou génocidaire, qui en constituent la première manifestation, l'incrimination des actes d'organisation étant alors proprement inexistante (**Section 2**).

Section 1. L'incrimination limitée des actes d'organisation des entreprises martiales

516. L'absence d'incrimination des actes d'organisation de l'entreprise de conflit armé. – La criminalisation des actes d'organisation des entreprises martiales est soumise à

plusieurs limites. La première, qui est aussi la plus évidente, tient au fait que seul le crime d'agression sanctionne des participations de cette nature. Le crime de guerre, quant à lui, couvre exclusivement des comportements concrétisant la lutte armée opposant les parties au conflit, c'est-à-dire des actes d'exécution de l'entreprise martiale[1225]. Il en ressort ainsi que seule l'organisation d'un *acte d'agression* est criminelle au sens du Statut. Le fait d'orchestrer la conduite d'un *conflit armé*, en revanche, n'apparaît pas répréhensible. Cette restriction ne doit pas surprendre. Elle est parfaitement logique dans la mesure où la licéité du recours à la force armée, dans le cadre d'une situation de conflit, ne s'apprécie pas au plan de l'action globale, mais au plan des actions individuelles[1226]. En d'autres termes, ce n'est pas la guerre elle-même qui est criminelle, mais ses modalités d'exécution. Or, les belligérants ayant le droit de s'organiser politiquement pour conduire une entreprise de soumission de l'ennemi au sens du droit international, la loi pénale ne peut ériger l'organisation du conflit armé en infraction, à peine de contradiction entre ces deux ordres juridiques. Il est donc totalement logique que le crime de guerre ne couvre pas de tels agissements.

517. Les limites à l'incrimination des actes d'organisation de l'entreprise d'agression armée. – En revanche, il est moins facile de comprendre les restrictions auxquelles est soumise la criminalisation de l'organisation de l'agression armée. Cette entreprise étant intrinsèquement criminelle, le fait d'œuvrer à sa mise en œuvre devrait pouvoir être réprimé en toutes circonstances. Les conditions constitutives du crime d'agression laissent pourtant constater que l'incrimination des actes d'organisation de l'entreprise d'agression n'est pas absolue. Certaines limites ressortent des éléments de définition de l'infraction. Les premières sont matérielles (§1), les secondes, personnelles (§2).

§1. Les limites matérielles à l'incrimination des actes d'organisation de l'agression armée

518. Double limite. – Au vu de la définition du crime d'agression, toute forme de participation à l'organisation d'une entreprise d'agression armée n'est pas punissable. Deux

[1225] Certains crimes de guerre, il est vrai, sont définis comme « *le fait de diriger des attaques* » contre des personnes ou des biens protégés. A première vue, la formulation laisser penser que de telles infractions sanctionnent une participation intellectuelle au conflit armé, et donc un acte d'organisation de l'entreprise martiale. Mais le vocabulaire est ici trompeur. En réalité, le terme *diriger* a uniquement vocation à signifier qu'il suffit que l'attaque ait été « *lancée avec pour objectif de viser la population civile* » (ou les biens protégés pour ce qui concerne les autres incriminations), peu important qu'elle se soit concrétisée dans un résultat dommageable (v. CPI, jugement Katanga, préc., n°799). Ainsi, il s'agit simplement de placer l'accent sur la nature formelle de ces infractions. Mais en aucun cas celles-ci ne sont vouées à réprimer des actes d'organisation ; la jurisprudence montre d'ailleurs que les comportements sanctionnés sur ce fondement consistent toujours, dans les faits, dans un emploi de la violence, soit dans des actes d'exécution (V. not. l'opération de qualification judiciaire effectuée dans la décision précitée, n°809 et s.). En ce sens également : CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°270 ; CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre d'*Abu Garda*, préc., n°64.

[1226] V. *supra*, n°183.

conditions matérielles doivent être réunies La première condition tient à la nature de l'acte d'organisation : il doit correspondre à l'un des faits décrits par le texte d'incrimination (A). La seconde condition a trait à l'objet de l'acte d'organisation : il doit nécessairement se rapporter à un acte d'agression *consommé* (B).

A. La nature des actes d'organisation incriminés

519. Recul du droit international dans l'incrimination des actes d'organisation de l'entreprise d'agression armée. – Le champ des actes d'organisation punissables a évolué avec les incriminations. Dans le Statut des TMI, le crime contre la paix était défini comme « *la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent* »[1227]. Le Statut de Rome vise désormais « *la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution* »[1228] au titre des actes constitutifs du crime d'agression. Au-delà de la modification terminologique, on peut surtout noter que le champ des participations punissables a été réduit. Désormais, sont uniquement incriminés des actes d'organisation *stricto sensu*, soit des actes consistant à agencer l'emploi de la force constitutif de l'acte d'agression (1), à l'exclusion de la conspiration criminelle (2).

1- L'incrimination d'actes d'organisation *stricto sensu*

520. Évolution de la définition. – Le texte d'incrimination du crime d'agression ne désigne pas les participations punissables par les mêmes termes que le texte du crime contre la paix. Pour autant, ce changement définitionnel est sans grande incidence puisqu'on retrouve globalement les mêmes types de comportements dans les deux infractions.

521. La planification d'un acte d'agression. – En premier lieu, le texte d'incrimination du crime d'agression fait référence à la *planification* d'un acte d'agression. Ce comportement était également visé dans le texte du crime contre la paix, mais uniquement en sa version anglaise[1229]. La version française évoquait, quant à elle, un acte de *direction*[1230]. À cet égard, la définition actuelle paraît plus restrictive, le concept de planification étant plus exigeant que celui de direction. Alors que ce dernier renvoie assez largement au fait de donner une certaine

[1227] Art. 6 al. a) du Statut du TMI de Nuremberg et art. 5 al. a) du Statut du TMI de Tokyo.
[1228] Art. 8 *bis* du Statut de Rome.
[1229] Les comportements constitutifs du crime contre la paix étaient définis, dans la version anglophone des Statuts des TMI de Nuremberg et de Tokyo de la manière suivante : « *the planning, preparation, initiation or waging* ». (v. respectivement les art. 6 al. a) et 5 al. a) des Statuts de ces juridictions).
[1230] Art. 6 al. a) du Statut du TMI de Nuremberg et art. 5 al. a) du Statut du TMI de Tokyo.

orientation à une chose ou une action[1231], la planification implique l'élaboration d'un programme d'action en vue de l'accomplissement des objectifs fixés[1232]. La doctrine tient généralement compte de cette différence substantielle et interprète le changement terminologique intervenu comme la marque de la volonté des rédacteurs de circonscrire le crime d'agression aux « *participations au développement de plans et d'opérations spécifiques (militaires ou autres) de l'État agresseur* »[1233]. Ainsi, formuler des buts ou des directives générales ne serait pas suffisant. Selon cette lecture, il faut que l'agent ait précisément contribué à déterminer le scénario de l'agression armée, la marche à suivre pour accomplir le projet de domination de l'État ciblé.

522. La préparation d'un acte d'agression. – Vient, en deuxième lieu, l'incrimination de la *préparation* d'un acte d'agression. Ce comportement commun au crime contre la paix et au crime d'agression peut être conçu plus ou moins souplement. On pourrait en retenir une interprétation extensive et considérer qu'il désigne l'adoption de toute mesure tendant à mettre une chose en état de remplir sa destination[1234]. Mais cela reviendrait à réduire à peu de choses l'intérêt de viser distinctement la planification et la préparation d'un acte d'agression, puisque la première action pourrait être embrassée par la seconde. C'est la raison pour laquelle il semble plus indiqué de privilégier une approche stricte du terme, en le comprenant comme le fait de prendre des mesures concrètes pour mettre en application les plans élaborés[1235], telles que l'installation d'armes ou de matériel militaire ou encore le déploiement de troupes armées aux frontières en vue du lancement de l'acte d'agression[1236]. Cette acception permet, en effet, de préserver la cohérence de l'incrimination car les comportements visés n'apparaissent plus redondants, mais complémentaires. Sous cet angle, ils renvoient respectivement à des étapes distinctes et successives de la phase préopérationnelle : la planification couvre, d'un côté, le processus de réflexion abstraite sur la manière de procéder tandis que la préparation correspond, d'un autre côté, aux dispositions prises en vue de la réalisation concrète du plan d'action préconçu.

[1231] Dictionnaire en ligne du Centre national de ressources textuelles et lexicales – *v°* « diriger ».
[1232] Dictionnaire en ligne du Centre national de ressources textuelles et lexicales – *v°* « planification ».
[1233] O. TRIFFTERER et K. AMBOS, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, *op. cit.*, p. 589, n°25 : « *the participation in the development of specific (military or other) plans and operations of the State concerned* » (traduction libre). Également en ce sens : Y. DINSTEIN, *War, aggression and self-defence*, *op. cit.*, n°401 qui reprend la définition proposée par M. GREENSPAN, *The modern law of land warfare*, Berkeley and los Angeles, University of California Press, 1959, p. 455 : « *Planning consist of "the formulation of a design or scheme for a specific war of aggression*" ».
[1234] Dictionnaire en ligne du Centre national de ressources textuelles et lexicales – *v°* « préparer ».
[1235] O. TRIFFTERER et K. AMBOS, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, *op. cit.*, p. 589, n°29. En ce sens également : Y. DINSTEIN, *War, aggression and self-defence*, *op. cit.*, n°401 : « *Preparation is comprised of the various steps taken to implement the plan before the actual outbreak of hostilities* ».
[1236] O. TRIFFTERER et K. AMBOS, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, *op. cit.*, p. 589, n°29 ; C. MCDOUGALL, *The crime of aggression under the Rome statute of the International Criminal Court*, *op. cit.*, p. 187.

523. Le lancement d'un acte d'agression. – Les deux dernières actions incriminées interviennent, quant à elles, à un stade ultérieur du processus agressif, à savoir quand l'agression armée est en passe de réalisation. Le premier des actes concernés consiste dans le *lancement* de l'acte d'agression. Ce terme ne suscite pas de difficultés. Il désigne le coup d'envoi de l'emploi de la force armée, le fait de mettre en marche les opérations constitutives de l'acte d'agression[1237].

524. L'exécution d'un acte d'agression. – L'*exécution* de l'acte d'agression, visée en quatrième et dernier lieu par l'incrimination, correspond à la phase d'accomplissement de l'acte d'agression et englobe toutes les offensives subséquentes au déclenchement de l'entreprise d'agression armée[1238]. Le choix du terme à employer pour désigner cette ultime étape de l'acte d'agression a suscité de nombreuses discussions, les délégations ayant toujours redouté que l'adoption d'un terme trop large ne vienne ouvrir le champ de l'infraction aux comportements des soldats conduisant la guerre d'agression illicite[1239]. Le terme « exécution », finalement retenu, laisse d'ailleurs planer une certaine ambiguïté. Il ne fait cependant aucun doute que la criminalisation de l'exécution de l'agression n'est pas vouée à sanctionner le comportement des factions armées recourant à la force. La condition voulant que l'acte sous-jacent ait été perpétré par un dirigeant suffit, en soi, à s'en assurer[1240]. Et si ce critère personnel était étranger au texte d'incrimination originel, la jurisprudence des TMI n'en avait pas moins affirmé que seuls les responsables politiques de la guerre d'agression devaient être tenus responsables de son

---

[1237] La doctrine retient une définition similaire : O. TRIFFTERER et K. AMBOS, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, *op. cit*., p. 590, n°31. En ce sens également : Y. DINSTEIN, *War, aggression and self-defence*, *op. cit*., n°401 ; C. MCDOUGALL, *The crime of aggression under the Rome statute of the International Criminal Court*, *op. cit*., p. 188.

[1238] *USA c. William Von Leeb and others*, « The high command case », préc., p. 486 : « *The initiation of war or an invasion is a unilateral operation. When war is formally declared or the first shot is fired the initiation of the war has ended and from then on there is a waging of war between the two adversaries* ».

[1239] Pour les premiers débats sur la question devant la Commission du Droit international, v. not. *Ann. CDI*, 1950, vol. I(1) p. 49 et s. D'autres termes que celui d'exécution ont d'ailleurs pu être envisagés. Par exemple, la Commission du Droit international privilégia l'expression « *conduite d'une agression* » plutôt que celle que l'on connaît dans la définition du crime d'agression qu'elle livra dans son Projet de Crime contre la paix et la sécurité internationales : v. *Ann. CDI*, 1996, vol. II(2), p. 44. Par ailleurs, et s'agissant cette fois des travaux du Groupe de travail spécial chargé d'élaborer une définition du crime d'agression en vue de l'institution de la Cour pénale internationale, il apparaît que c'est dans un premier temps le terme « commission » qui avait été retenu pour désigner le dernier comportement constitutif de l'infraction. D'autres terminologies furent par la suite proposées par les États. Notamment, la Colombie suggéra de lui préférer le verbe « mener » pour souligner le rôle de dirigeant de l'auteur principal. Il fut en effet allégué que « *cela décrirait aussi exactement que possible le comportement d'un dirigeant et que cela pourrait se conjuguer tout à fait bien avec le membre de phrase existant, "la planification, la préparation, le déclenchement ou la commission d'un acte d'agression"* ». Si plusieurs participants accédèrent à cette proposition, d'autres exprimèrent leur désaccord, considérant que cette option était trop restrictive, puisque cela revenait à réserver la qualité d'auteur aux seuls chefs d'État ou de Gouvernement (v. le compte rendu de la réunion informelle du groupe de travail sur le crime d'agression, doc. off. NU n° ICC-ASCP/5/SWGCA/INF.1, 5 sept. 2006, n°91). Les verbes « poursuivre » ou encore « participer » ont également pu être mis en avant par certaines délégations. C'est dire que les États ont eu beaucoup de difficultés à identifier un terme permettant de retranscrire de manière idoine l'essence du comportement réprouvé, à savoir celui des individus supervisant les offensives lancées.

[1240] Sur cette condition personnelle, v. *infra*, n°537 et s.

exécution au sens du crime contre la paix[1241]. La terminologie employée ne doit donc pas occulter que c'est bien le fait de superviser les opérations armées qui constitue la conduite incriminée, non celui de conduire son accomplissement matériel.

525. L'incrimination de l'ensemble de la phase organisationnelle de l'entreprise d'agression armée. – À la lumière des différents actes incriminés, le crime d'agression permet de sanctionner l'ensemble de la phase organisationnelle de l'entreprise, depuis la détermination des stratégies d'agression – planification, préparation – jusqu'à la mise en œuvre concrète des opérations – lancement, exécution. Du reste, le recours à la conjonction de coordination « *ou* » dans le libellé du texte indique qu'il n'est pas nécessaire que l'agent ait concouru à chacune de ces étapes successives[1242]. La jurisprudence des TMI le confirme puisque plusieurs accusés ont été déclarés coupables de crime contre la paix alors que leur intervention avait été relative à l'une seule de ces phases de réalisation de la guerre d'agression[1243]. Au regard de ces considérations, le cercle des participations punissables apparaît effectivement étendu. Il reste toutefois moins large qu'il n'a pu l'être, dès lors que la participation à la conspiration d'agression armée n'est plus incriminée dans le texte actuel.

[1241] *USA c. William Von Leeb and others*, « The high command case », préc., p. 486 : « *La guerre, légitime ou non, est la mise en œuvre d'une politique nationale. Si la politique qui l'a déclenchée est criminelle dans ses intentions et ses objectifs, c'est parce que des individus, les responsables politiques, ont eu des intentions criminelles en élaborant cette politique. Si la guerre est le moyen d'atteindre ces objectifs criminels, la poursuite de la guerre n'est que l'application de cette politique et le caractère criminel qui s'attache à la poursuite de la guerre doit être limité aux responsables de l'élaboration de celle-ci au niveau politique* » (Traduction: Nations Unies, *Analyse historique des faits relatifs à l'agression*, préc., n°151). V. également : *USA c. C. Krauch and others*, « the I.G. Farben case », reproduit dans : Trials of war criminal before the Nuremberg military tribunals under control council law n°10, vol. VIII, Washington, U.S. Government printing office, 1952, p. 1124-1126 : « *To depart from the concept that only major war criminals - that is, those persons in the political, military, and industrial fields, for example, who were responsible for the formulation and execution of policies - may be held liable for waging wars of aggression, would lead far afield. Under such circumstances there could be no practical limitation on criminal responsibility that would not include, on principle, the private soldier on the battlefield, the farmer who increased his production of foodstuffs to sustain the armed forces, or the house-wife who conserved fats for the making of munitions. Under such a construction the entire manpower of Germany could, at the uncontrolled discretion of the indicting authorities, be held to answer for waging wars of aggression. That would, indeed, result in the possibility of mass punishments.* (…) *Some reasonable standard must, therefore, be found by which to measure the degree of participation necessary to constitute a crime against peace in the waging of aggressive war. The IMT fixed that standard of participation high among those who lead their country into wa*r ».

[1242] Art. 8 *bis* du Statut de Rome, al. 1. Le texte d'incrimination du crime contre la paix dans les Statuts des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo (v. respectivement les articles 6 al. a) et 5 al. a)) employait la même conjonction.

[1243] Von Ribbentrop a par exemple été déclaré coupable de crime contre la paix par le tribunal militaire de Nuremberg à raison de son implication dans la planification et la préparation de la guerre d'agression. En revanche, les faits ne relatent aucune participation à l'exécution de la guerre ou à sa conduite. V. *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 302-304. A l'inverse, le fondement de la condamnation de Frick de ce même chef d'accusation réside dans sa participation à l'exécution de l'entreprise d'agression nazie et il a été expressément reconnu par ailleurs qu'il n'avait joué aucun rôle dans l'élaboration des plans criminels : v. *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 318-319.

2- L'incrimination révolue de la conspiration criminelle

526. Contenu de l'infraction de complot. – À côté de « *la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression* », le crime contre la paix sanctionnait « *la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent* »[1244]. Les Statuts des TMI ne donnent aucune définition de la notion de complot, si bien qu'il est difficile de cerner pleinement ses contours et de la dissocier des autres conduites qui étaient incriminées au titre du crime contre la paix, notamment de la direction ou de la préparation de la guerre d'agression. Il existe pourtant bien une différence entre ces deux catégories d'actions : comme le signale le texte, la première couvre une participation à la *guerre d'agression* ; la seconde, une participation à un *complot ou un plan concerté* en vue de la guerre d'agression. Les deux conduites incriminées n'ont donc pas exactement le même objet. Dès lors que les faits de direction ou de préparation visés en premier lieu se rapportent directement à la guerre d'agression, il faut donc considérer que c'est l'organisation des modalités *du recours collectif à la force armée* qui se trouve criminalisée. Le complot, ou plan concerté, se situe, quant à lui, encore en amont de cette phase de préparation matérielle, à savoir au stade de la conspiration criminelle originelle[1245]. Tout l'intérêt de son incrimination était ainsi de faire remonter la répression jusqu'aux prémices de l'entreprise d'agression. En d'autres termes, il s'agissait ainsi de sanctionner ceux qui avaient conçu la politique d'agression armée à l'initiative de la guerre, « *that men who have originated the plan or taken part in the early stages of the plan* »[1246], indépendamment du fait de savoir s'ils avaient ensuite pris part à l'exécution des projets formulés.

527. L'autonomie de l'infraction de complot. – Le fait que la participation à un complot ou plan concerté ait été distinctement incriminée montre bien que cette catégorie d'agissements n'entrait pas dans le champ de la direction, la préparation, du déclenchement ou de la poursuite de la guerre d'agression. Dans le cas contraire, il n'aurait pas été utile de les différencier. Le traitement judiciaire du crime contre la paix confirme d'ailleurs l'autonomie des deux types de participation incriminées. D'abord, le complot ou plan concerté, d'une part, et la préparation et la conduite de la guerre, d'autre part, faisaient l'objet de chefs d'accusation distincts devant les TMI. Ensuite, cette dissociation n'est pas restée purement formelle car ces qualifications ont été appliquées de manière indépendante, à tout le moins pour ce qui concerne

---

[1244] Art. 6 al. a) du Statut du TMI de Nuremberg et art. 5 al. a) du Statut du TMI de Tokyo.

[1245] Sur ce point et, plus largement, sur la notion de complot, v. H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », préc., p. 539 et s.

[1246] *Report of Robert H. Jackson*, United State representative to the international conference on military trials, U.S Government printing office, Washington, 1949, p. 301. Le rapport, qui relate les débats intervenus à la Conférence de Londres de 1945, montre combien la répression de la conception des projets d'agression armée a préoccupé les représentants étatiques.

les procès de Nuremberg[1247]. Certains accusés, par exemple, ont été poursuivis du seul chef de complot, sans que leur responsabilité ne soit par ailleurs engagée à raison de leur participation à la préparation de la guerre d'agression[1248]. À l'inverse, d'autres accusés, tels que Frick[1249] ou encore Funk[1250], ont été acquittés des charges de complot, mais reconnus coupables de crime contre la paix pour avoir contribué à la préparation des guerres menées par le régime nazi. Qui plus est, même les déclarations de culpabilité multiples laissent entrevoir l'indépendance de ces qualifications, les condamnations pour complot et pour participation à la guerre d'agression couvrant des allégations distinctes. Le cas de Göring est révélateur en ce que sa condamnation recèle un double reproche : d'une part, celui « *[d'avoir été] à l'origine de tous les plans de la guerre poursuivi par l'Allemagne* »[1251], ce qui correspond en substance à une participation au complot, et d'autre part, celui d' « *en [avoir réalisé] tous les préparatifs militaires et diplomatiques* »[1252], ce qui renvoie cette fois à la préparation de la guerre d'agression.

528. L'abandon regrettable de l'infraction de complot. – De ce qui précède, il ressort qu'en évinçant la participation au complot des conduites constitutives du crime d'agression, les rédacteurs de l'incrimination contemporaine ont sensiblement réduit son champ d'application, la conspiration criminelle en étant exclue. D'aucuns considèrent que l'incrimination de la planification de l'acte d'agression pourrait remédier à cette lacune du texte actuel[1253]. On peut toutefois leur opposer qu'en théorie, le concept de planification appelle davantage que la formulation d'objectifs criminels diffus ; elle implique, en effet, l'élaboration d'un programme d'action déterminé[1254]. Si la promotion d'une idéologie criminelle pouvait caractériser le complot, il est donc assez douteux qu'elle puisse caractériser un fait de planification, sauf à ce que la jurisprudence de la CPI décide d'interpréter extensivement les termes du texte, à des fins répressives évidentes. Adopter une telle lecture, à rebours du sens commun et de l'opinion

---

[1247] Les juges du TMI de Tokyo ont considéré que les chefs de planification et de préparation de la guerre d'agression étaient inclus dans celui de complot de crime contre la paix. V. *The tokyo judgment*, préc., p. 32 et s. Plusieurs juges ont critiqué contre position du tribunal de Tokyo dans des opinions dissidentes, et notamment le juge philippin Jaranilla qui s'est employé à démontrer les différences existant entre ces types de participation, ce qui rejoint notre analyse. V. *The tokyo judgment*, Concurring opinion of Mr. Justice Delfin Jaranilla, p. 8-9. Le document est accessible à l'adresse url suivante : https://www.legal-tools.org/doc/2393ff/pdf/.

[1248] Devant le TMI de Nuremberg, les accusés Kaltenbrunner, Frantz, Streicher, Von Schirach, Fritzsche et Bormann ont été poursuivis sur le seul fondement du premier chef d'accusation, à savoir la participation au complot de crime contre la paix.

[1249] *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 318-319.

[1250] *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 325-326. La déclaration de culpabilité prononcée par le tribunal est éloquente : « *Funk ne joua pas un rôle prépondérant dans l'élaboration des plans nazis de guerre d'agression. Son activité dans les sphères économiques se déroula sous la haute direction de Göring, plénipotentiaire général pour le plan de quatre ans. Mais Funk participa aux préparatifs économiques de certaines des guerres d'agression, notamment des guerres contre la Pologne et l'Union Soviétique ; il peut, en conséquence, être déclaré coupable des crimes visés par le deuxième chef de l'Acte d'accusation* ».

[1251] *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 298.

[1252] *Ibid*.

[1253] I. PREZAS, *J.-Cl. Droit international*, fasc. 450 : Crime d'agression. – Définition du crime d'agression. – Répression du crime d'agression, préc., n°25.

[1254] C'est en tout cas ce que suggère le sens communément affecté au terme planification et par ailleurs l'approche qu'en retient la doctrine majoritaire.

doctrinale majoritaire serait en somme la preuve de l'insuffisance de l'incrimination actuelle et de son incapacité à sanctionner l'intégralité du processus organisationnel de l'entreprise d'agression armée, comme c'était le cas auparavant.

Il faut cependant souligner que l'abandon de l'incrimination du complot n'induit pas l'impunité des conspirateurs. La responsabilité pénale des idéologues et autres penseurs des projets d'agression armée pourra toujours être engagée *via* les règles de la participation criminelle. Le statut de Rome prévoit à cet égard divers fondements utiles, mais c'est sans aucun doute la complicité par instigation qui constituerait l'outil le plus indiqué. En effet, elle permet d'atteindre l'auteur moral de l'infraction, cet « *auteur derrière l'auteur* »[1255] qui tire les ficelles du crime tout en restant étranger à sa commission physique. Trois modes de participation relèvent de cette forme de complicité au sens de la jurisprudence de la CPI : l'ordre, l'encouragement et la sollicitation[1256]. Si l'ordre est plus difficile à caractériser en ce qu'il requiert un fait positif[1257], mais aussi que l'instigateur ait été en position de supériorité hiérarchique vis-à-vis du commettant[1258], l'encouragement et la sollicitation sont quant à eux définis très souplement. Ils ne sont soumis à aucune exigence spéciale : ils peuvent être commis par toute personne[1259] et par tout moyen[1260]. Ainsi, pour peu que la conspiration se traduise par une forme d'incitation à la réalisation d'une agression armée, ces deux modes d'instigation devraient permettre d'engager la responsabilité des concepteurs de la politique criminelle à

[1255] X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°312.

[1256] CPI, Décision de confirmation des charges portées à l'encontre de *Laurent Gbagbo*, préc., n°243 : « *"ordonner","solliciter" et "encourager" relèvent en substance d'une catégorie plus large, l'"instigation" ou l'"incitation" d'une autre personne à commettre un crime"* ».

[1257]Cette restriction découle naturellement de la définition admise de l'ordre. Selon la jurisprudence, ordonner consiste à « *donner, sous quelque forme que ce soit, des instructions à une autre personne* » (v. not. : Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Bosco Ntaganda*, préc., n°145 ; CPI, *Situation en république démocratique du Congo, Affaire Le procureur c. Sylvestre Mudacumura*, Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, ICC-01/04-01/12-1-Red-tFRA, Ch. prélim. II, 13 juillet 2012, n°63 (Ci-après : « Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de *Sylvestre Mudacumura* »). Or, aucune instruction ne peut vraisemblablement être procurée par la voie d'un comportement passif. V. aussi, sur ce point : TPIY, jugement *Blaškić*, préc., n°660 ; TPIY, arrêt *Galić*, préc., n°176 ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Đorđević*, jugement (IT-05-87/1-T), ch. prem. inst. II, 23 février 2011, n°1871.

[1258] CPI, Décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de *Sylvestre Mudacumura*, préc., n°63. La jurisprudence des TPI est particulièrement abondante sur ce point. S'agissant du TPIY, v. not. : TPIY, arrêt *Kordić et Čerkez*, préc., n°28 ; TPIY, jugement *Boškoski et Tarčulovski*, préc., n°400. S'agissant du TPIR, v. not. : TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°382 ; TPIR, jugement *Muvunyi*, préc., n°467 ; TPIR, arrêt *Nahimana et consorts*, n°481 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Kamuhanda*, arrêt d'appel (ICTR-99-54A-A), ch. d'appel, 19 sept. 2005, n°75 (ci-après : « arrêt *Kamuhanda* ») ; TPIR, jugement *Mpambara*, préc., n°19 ; TPIR, jugement *Kajelijeli*, préc., n°763.

[1259] CPI, Décision de confirmation des charges portées à l'encontre de *Laurent Gbagbo*, préc., n°243.

[1260] La jurisprudence de la CPI retient que « *"solliciter" et "encourager" désignent la même situation de fait, dans laquelle l'auteur d'un crime est poussé par une autre personne à commettre ce crime, et qu'en droit, les éléments requis sont les mêmes* » : CPI, *Situation en république de Côte d'Ivoire, Affaire le procureur c. Charles Blé Goudé*, Décision relative à la confirmation des charges portées contre Charles Blé Goudé (ICC-02/11-02/11-186-tFra), Ch. prélim. I, 11 déc. 2014, n°159 (Ci-après : « Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Charles Blé Goudé* »). Aucun moyen particulier n'est requis. L'influence criminelle peut donc revêtir n'importe quelle forme, et la jurisprudence admet d'ailleurs qu'elle puisse relever d'une action comme d'une omission : v. not. : TPIY, jugement *Blaškić*, préc., n°280 ; TPIY, jugement *Brđanin*, préc., n°269 ; TPIY, jugement *Boškoski et Tarčulovski*, préc., n°399 ; TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°387 ; TPIR, jugement *Muvunyi*, préc., n°464 ; TPIR, jugement *Kamuhanda*, préc., n°593.

l'origine de l'entreprise d'ensemble. De ce point de vue, l'incidence répressive de la décriminalisation du complot peut donc être relativisée.

Mais cela n'empêche pas de constater que traiter la conspiration par la voie de la complicité présente des inconvénients notables. En effet, la conséquence qui en découle est que la participation à la conspiration criminelle ne pourra plus être réprimée de manière autonome. Conformément aux conditions de la complicité, il faudra nécessairement qu'elle vienne se greffer à la commission ou à la tentative de commission d'un fait principal punissable[1261], en l'occurrence un crime d'agression. En d'autres termes, et plus concrètement, pour être répréhensible, le complot devra avoir débouché sur un acte de planification, de préparation, de lancement ou d'exécution de l'emploi de la force armée étatique (commis ou au moins tenté)[1262]. Non seulement cette condition alourdit la répression du complot, mais elle retarde en outre le moment de son intervention puisqu'il faudra attendre un commencement d'exécution du projet criminel ourdi pour pouvoir l'enclencher. En somme, même si l'éviction du complot des actes constitutifs du crime d'agression ne soustrait pas la conspiration criminelle à la sanction pénale, il n'en demeure pas moins qu'elle dessert la répression de cette catégorie de participations à l'organisation de l'entreprise d'agression armée.

529. Transition. – Du reste, l'absence d'incrimination du complot n'est pas la seule restriction à laquelle est sujette la criminalisation des actes d'organisation de l'entreprise d'agression armée. Elle trouve une autre limite dans leur objet.

[1261] L'existence d'un fait principal punissable est une condition classique de la complicité, en tout cas dans la conception qui en est admise en droit interne français. La métaphore de l'emprunt de criminalité permet d'expliquer la dépendance de cette forme de participation criminelle : étant admis que le fait de complicité, pris pour tel, est en effet dépourvu de criminalité propre, il est essentiel qu'il vienne se greffer à la réalisation d'un fait infractionnel pour qu'il prenne une coloration criminelle. Ainsi la répression du fait de complicité est-elle conditionnée par l'existence de ce fait principal punissable. Sur ce point : v. not. X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°307 et s. ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°384 et s. ou encore E. DREYER, *Droit pénal général*, 5ème éd., 2019, n°1110. La jurisprudence pénale internationale a fait sienne cette approche de la complicité ; en témoigne l'affirmation selon laquelle « *la complicité n'existe qu'à partir de l'existence d'un fait principal punissable, commis par autrui, auquel le complice s'est associé* » : TPIR, jugement *Musema*, préc., n°171. Cela ressort par ailleurs de la définition des modes de participation que constituent l'ordre, l'encouragement et la sollicitation au crime, telle que posée par le Statut de Rome. En effet, au sens de l'article 25 al. 3, b), ces faits ne sont punissables que s'« *il y a commission ou tentative de commission de ce crime* », ce qui revient à poser l'exigence d'un fait principal punissable aux fins de la répression des participations visées.

[1262] Comme l'a justement souligné H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », préc., p. 539, l'application de la complicité à la répression des conspirateurs nazis n'aurait posé aucune difficulté dans la mesure où ces derniers avaient largement mis à exécution leur projets criminels. Mais cet exemple historique ne saurait convaincre de la suffisance de la complicité s'agissant de la répression des participations à un complot d'agression. En effet, on peut très bien imaginer une situation différente, à savoir celle dans laquelle un groupement se contenterait d'ourdir un projet criminel, sans toutefois organiser sa réalisation concrète (par un acte de planification, de préparation, de lancement ou d'exécution de l'emploi de la force armée, tel que le prévoit le texte d'incrimination). Un tel complot ne pourrait pas être poursuivi sur le fondement de la complicité, à défaut de commission du comportement d'organisation incriminé : il manquerait, dans ces conditions, la condition du fait principal punissable.

B. L'objet des actes d'organisation incriminés

530. La limitation du crime d'agression aux actes d'organisation suivis d'effet. – L'alinéa 1 de l'article 8 *bis* du Statut de Rome décrit le crime d'agression comme la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution d'un *acte d'agression*, ce dernier élément étant défini, par l'alinéa second de ce même article, comme *l'emploi* par un État *de la force armée* contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État. L'articulation de ces dispositions induit que la mise à exécution de l'entreprise d'agression armée est une condition impérative de la répression des comportements ayant pris part à son organisation. La référence aux actes préparatoires que sont la planification et la préparation ne doit donc pas induire en erreur. Ils doivent nécessairement être suivis d'effet, c'est-à-dire se prolonger dans un emploi effectif de la force armée. La conséquence qui en découle est qu'aucune poursuite pénale ne peut être engagée tant que la force armée étatique n'a pas été employée, et surtout, que les organisateurs d'une entreprise d'agression avortée échappent à toute sanction pénale.

531. L'impossible contournement de la condition par le recours à la tentative. – Cet obstacle à la répression des actes d'organisation non suivis d'effet ne peut pas être contourné par le recours à la théorie de la tentative. Si cette notion saisit effectivement un essai criminel infructueux, le commencement d'exécution qui la constitue se rapporte à l'acte sous-jacent de l'infraction, et non à son élément contextuel[1263]. En d'autres termes, la tentative a pour objet *la participation* à l'acte d'agression, et non l'acte d'agression lui-même. C'est dire qu'elle va simplement permettre de sanctionner le comportement de ceux qui auront vainement essayé de prendre part à l'organisation de l'entreprise d'agression armée. Ainsi, l'incrimination de la tentative ne remet pas en cause la nécessité de constater l'effectivité de l'acte d'agression armée. En toute hypothèse, que l'on raisonne sur un acte d'organisation consommé ou tenté, cette condition est essentielle à la répression.

532. L'appréciation de la limite posée. – Cette limite à la qualification du crime d'agression peut être discutée. L'organisation d'une entreprise d'agression armée ne devrait-elle pas pouvoir être sanctionnée indépendamment du succès qu'elle a rencontré ? L'incrimination de complot, telle que définie par les Statuts des TMI de Nuremberg et de Tokyo ouvrait cette possibilité. En effet, au sens du texte, l'infraction se consommait par la seule conception de la résolution criminelle « *en vue* » de la réalisation de l'entreprise d'agression,

[1263] Art. 25 al. 3, f) du Statut de Rome : « *Aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si : (...) Elle tente de commettre un tel crime par des actes qui, par leur caractère substantiel, constituent un commencement d'exécution mais sans que le crime soit accompli en raison de circonstances indépendantes de sa volonté. Toutefois, la personne qui abandonne l'effort tendant à commettre le crime ou en empêche de quelque autre façon l'achèvement ne peut être punie en vertu du présent Statut pour sa tentative si elle a complètement et volontairement renoncé au dessein criminel* ».

indépendamment de la mise à exécution des projets fomentés. Mais cette infraction a été abandonnée et, avec elle, la possibilité d'envisager la sanction des initiateurs d'une entreprise d'agression armée qui n'aurait jamais vu le jour. Quant à l'incrimination alternative de *la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression*, il est certes vrai que l'emploi effectif de la force conditionnait également la répression des actes visés dans la mesure où la jurisprudence ne concevait pas la notion de guerre d'agression sans la survenance d'hostilités matérielles[1264]. De ce point de vue, il était donc bien nécessaire que les comportements d'organisation de l'entreprise d'agression aient été suivis d'effet pour qu'ils soient punissables. Toujours est-il que cette condition n'avait pas réellement de portée limitante, pour la simple et bonne raison que la guerre avait bien eu lieu. À l'époque, l'impunité des organisateurs de l'entreprise d'agression nazie n'était donc pas à craindre. En revanche, ce risque existe bel et bien pour l'avenir. Doit-on, alors, admettre que les organisateurs d'actes d'agression manqués échappent à la sanction pénale ? Dans le cas, par exemple, où la collectivité dirigeante d'un État déclencherait une procédure aux fins de l'emploi d'une arme de destruction massive contre un État tiers, mais que le lancement de la mesure échouerait à raison de circonstances indépendantes de sa volonté : l'échec rencontré rend-il vraiment les agissements en question moins condamnables ? La question étant davantage d'ordre moral que juridique, la réponse dépendra de chacun. Il reste toutefois que le crime d'agression est censé faire partie « [d]*es crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale* »[1265] ce qui pourrait justifier une politique criminelle anticipant la répression en amont de l'exécution de l'entreprise d'agression. On peut d'ailleurs noter que cette technique d'incrimination est déjà exploitée dans les droits internes relativement à des entreprises illicites de moindre gravité. L'association de malfaiteurs peut par exemple être évoquée : elle sanctionne « *tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement* »[1266] sans requérir la production du résultat redouté. Mais c'est sans doute le parallèle avec l'infraction de terrorisme qui est le plus à propos compte tenu de la similitude existant entre cette entreprise et celle d'agression armée. En effet, dans les deux cas, le but ultime recherché est toujours celui de déstabiliser les structures fondamentales de l'État pris pour cible[1267]. Or dans le cas précis du terrorisme, les actes préparatoires à la réalisation d'une telle entreprise subversive, même non suivis d'effets, sont bien

[1264] V. *supra*, n°322 et s.
[1265] V. le préambule Statut de Rome, en son alinéa 4.
[1266] C. pén., art. 450-1.
[1267] A. GOGORZA, « Le terrorisme : une catégorie juridique », préc., n°13 (les actes du colloque sont accessibles à l'adresse url suivante : https://iscj.u-bordeaux.fr/les-politiques-criminelles.html) ; J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal : étude critique des incriminations terroristes*, *op. cit.*, n°633 ; M. MASSÉ, « La criminalité terroriste », préc., n°1 et n°4 ; G. GUILLAUME, « Terrorisme et droit international », préc., n°3.

criminalisés[1268]. Pourquoi ne pourrait-il pas en aller de même en ce qui concerne le crime d'agression ? Le système répressif international pénal gagnerait assurément en performance et la lutte contre l'impunité en efficience[1269]. Il est regrettable que la définition du crime d'agression exclue pour le moment cette possibilité en réduisant le champ de l'incrimination aux participations à un acte d'agression ayant abouti.

533. Transition. – Cette deuxième limite à la criminalisation des actes d'organisation de l'entreprise d'agression armée n'est pas la dernière pouvant être identifiée. Il en existe une troisième, d'ordre personnel cette fois, qui tient à la qualité de l'auteur du comportement.

§2. Les limites personnelles à l'incrimination des actes d'organisation de l'agression armée

534. Un crime de *leadership*. – Par nature, le crime d'agression est un crime de *leadership*. Parce qu'il sanctionne un fait d'organisation de l'entreprise d'ensemble, il est naturellement voué à atteindre des individus pourvus d'une certaine autorité politique, des personnes capables d'intervenir au niveau décisionnel. Toute personne ne peut donc commettre un crime d'agression : seules des personnes en position de pouvoir peuvent valablement en être tenues responsables.

535. L'absence de condition personnelle dans la définition du crime contre la paix. – Cette caractéristique de l'infraction n'était pas mise en avant dans la définition du crime contre la paix. Cela étant, compte tenu de la limitation de la compétence juridictionnelle des tribunaux militaires internationaux au jugement des « *grands criminels de guerre* »[1270], cette imprévision ne posa aucune difficulté : par la force des choses, seuls les responsables de haut-rang pouvaient être poursuivis devant ces juridictions. Il en allait en revanche différemment devant les tribunaux militaires alliés puisque leur compétence *ratione personae* n'était pas soumise à une telle restriction[1271]. Toute personne pouvait donc être inquiétée des crimes relevant de leur office, y compris de crime contre la paix puisque l'incrimination ne posait aucun critère

---

[1268] C. pén., art. 421-2-1 : « *Constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents* ».

[1269] Certes, on pourra considérer que les filtres procéduraux pourraient ici conduire à soustraire ce type d'affaires à la compétence juridictionnelle de la CPI, à raison de leur gravité moindre. Mais ces critères de recevabilité se comprennent essentiellement à la lumière de la compétence partagée des juridictions internes et internationales pour juger des crimes internationaux. Or, le crime d'agression fait exception à ce système, cette infraction n'étant pas incriminée dans les droits internes. Aussi, on peut espérer que les critères de recevabilité soient appréciés plus souplement pour les affaires relatives à un crime d'agression ; et dans ces conditions, l'incrimination des actes préparatoires de l'entreprise présenterait alors un intérêt répressif certain.

[1270] Art. 1 et 6 du Statut du TMI de Nuremberg ; Art. 1 du Statut du TMI de Tokyo.

[1271] En vertu de la loi n°10 du conseil de contrôle allié, ces tribunaux étaient chargés d'engager les poursuites judiciaires contre « *les criminels de guerre et délinquants analogues autres que ceux qui seront jugés par un tribunal militaire international* ».

limitatif. Les tribunaux alliés, et notamment le tribunal américain, se sont rapidement saisis de cette question et sont venus préciser les contours personnels de cette infraction afin de préserver son esprit. « *Si la politique qui l'a déclenchée est criminelle dans ses intentions et ses objectifs, c'est parce que des individus, les responsables politiques, ont eu des intentions criminelles en élaborant cette politique. Si la guerre est le moyen d'atteindre des objectifs criminels, la poursuite de la guerre n'est que l'application de cette politique et le caractère criminel qui s'attache à la poursuite de la guerre doit être limité aux responsables de l'élaboration de celle-ci au niveau politique* »[1272]. C'était ainsi signifier que seuls les individus intervenant au niveau politique de l'entreprise d'agression devaient pouvoir être tenus pour criminels. Cela étant, ce fut la seule limite à la qualification posée par les tribunaux. Aucune considération particulière ne fut réservée à la qualité du participant de sorte que toute personne évoluant au sein de la sphère politique, quels que soient son statut ou ses fonctions officielles, pouvait être déclarée responsable de crime contre la paix, pour peu qu'elle ait effectivement joué un rôle dans l'organisation de l'entreprise d'agression armée[1273].

536. L'intégration d'une condition personnelle à la définition du crime d'agression. – La définition contemporaine de l'infraction, adoptée à Kampala, rompt avec cette approche. Désormais, il ne suffit plus de démontrer que l'agent a effectivement participé à mettre en place l'entreprise d'agression étatique. Il faut établir, de surcroît, que celui-ci ait été « *effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État* »[1274]. Cette condition personnelle novatrice vient sensiblement réduire le cercle des responsables. D'aucuns saluent cette évolution, pour qui le standard posé à Nuremberg ouvrait démesurément la catégorie des auteurs potentiels de l'infraction[1275]. D'autres y voient, au contraire, un « *recul* »[1276] regrettable puisque cela conduit à soustraire certains participants, auparavant justiciables du crime contre la paix, à toute forme de responsabilité pénale.

537. Dirigeants politiques de l'État. – Certes, sont toujours concernés les dirigeants et autres responsables politiques de l'État ; il n'a jamais été question de les exclure. La condition personnelle posée est du reste assez souplement formulée. D'abord, puisque sont visées les

---

[1272] *USA c. William Von Leeb and others*, « The high command case », préc., p. 486 (Traduction: Nations Unies, *Analyse historique des faits relatifs à l'agression*, préc., n°151).

[1273] Certains accusés ont tenté de se soustraire à leur responsabilité pénale en arguant de l'importance secondaire du poste qu'ils occupaient au sein du régime nazi. Ce fut notamment le cas de Woermann. Le tribunal américain y objecta que le poste qui était le sien lui conférait en réalité de vastes pouvoirs discrétionnaires relativement à la conduite des guerres agressives, pouvoirs qu'il avait d'ailleurs largement exercés. Sans s'attarder plus longtemps sur son statut officiel, le tribunal considéra que sa participation active à la réalisation de la politique agressive nazie avait été démontrée au-delà de tout doute raisonnable. En conséquence, l'accusé fut déclaré coupable de crime contre la paix. v. *USA c. Ernst von Weizsäcker and others*, « The Ministries case », préc., p. 392.

[1274] Art. 8 *bis*, al. 1 du Statut de Rome.

[1275] K. AMBOS, « The Crime of Aggression after Kampala », *German Yearbook of international law*, vol. 53, 2010, p. 490.

[1276] K. HELLER, « Retreat from Nuremberg : The Leadership Requirement in the Crime of Aggression », *EJIL*, vol. 18, n°3, 2007.

personnes *contrôlant* ou *dirigeant* l'action politique de l'État, le texte d'incrimination étend la catégorie des auteurs à tous les individus investis d'un pouvoir de gestion des affaires étatiques. Les chefs d'État ne sont donc pas les seules personnes concernées. Les membres du gouvernement et certains hauts fonctionnaires, tels que les membres du corps diplomatique, sont tout autant susceptibles d'être poursuivis pour crime d'agression[1277]. Ensuite, en mentionnant les personnes *effectivement* en mesure d'exercer de tels pouvoirs, le texte d'incrimination affranchit la détermination des responsables de tout critère formel tenant au statut du participant à l'agression. Il n'est en aucun cas nécessaire qu'il ait occupé une fonction officielle au sein de l'État. L'exercice d'un pouvoir de fait sur la conduite des affaires d'État satisfait la condition. Il s'ensuit que certains idéologues politiques de haut rang pourraient bien voir leur responsabilité pénale engagée pour crime d'agression, si tant est qu'ils font preuve d'une réelle emprise sur l'orientation de l'action étatique[1278]. D'un autre côté, il en découle que le seul statut de dirigeant *de jure* ne saurait suffire si celui-ci ne s'accompagne pas de l'exercice d'une véritable autorité sur l'appareil politique de l'État. Il pourrait en aller ainsi du *leader* assumant une fonction de chef d'État essentiellement symbolique ; même s'il en venait à adhérer à l'entreprise agressive mise à exécution, l'absence de réelle influence exercée sur la politique martiale devrait se poser en obstacle à l'engagement de sa responsabilité pour crime d'agression[1279]. Enfin, étant donné qu'il suffit que l'agent soit *en mesure* de contrôler ou de diriger l'action politique de l'État, il ne paraît pas nécessaire de vérifier qu'il en était concrètement aux commandes au moment de son intervention. Le texte invite en effet à raisonner en termes de potentialité et donc à opérer une appréciation abstraite de l'autorité nécessaire, ce qui devrait faciliter la charge de la preuve.

538. Dirigeants militaires. – À côté des dirigeants politiques, le texte vise également les personnes supervisant l'action militaire de l'État agresseur. Ici encore, cette prévision n'est pas novatrice puisque les tribunaux militaires avaient déjà admis que les individus à la tête des opérations armées pouvaient être déclarés coupables de crime contre la paix. Le tribunal américain a d'ailleurs mis l'accent sur ce point, en rappelant que les décideurs politiques ne peuvent pas être regardés comme les seuls responsables des guerres conduites. S'ils en sont

[1277] Ce sont d'ailleurs ces seuls types de responsables étatiques qui furent déclarés coupables de crime contre la paix à Nuremberg compte tenu du suicide d'Hitler. Au titre des membres du gouvernement condamnés de ce chef, on peut notamment citer les personnes de Walter Funk, ministre de l'économie du Reich, Constantin von Neurath et Joachim von Ribbentrop, ministres successifs des affaires étrangères du Reich. Plusieurs hauts représentants de l'administration furent également déclarés coupables de crime contre la paix. C'est par exemple le cas d'Arthur Seyss-Inquart, gouverneur des territoires occupés par le régime nazi, qui fut condamné de ce chef par le TMI de Nuremberg ou encore d'Alfred von Weizsäcker, secrétaire d'État et Ambassadeur d'Allemagne, également reconnu coupable de cette infraction par le tribunal allié américain.

[1278] Telle était par exemple la situation d'Alfred Rosenberg, l'idéologue du parti Nazi, qui fut condamné par le TMI de Nuremberg du chef de crime contre la paix.

[1279] M. GILLETT, « The Anatomy of an International Crime : Aggression at the International Criminal Court », *ICLR*, vol. 13, 2013, p. 860 illustre cette idée en se référant à la Reine d'Angleterre. Bien qu'elle soit le chef d'Etat officiel de pays tels que le Canada, l'Australie ou la Nouvelle-Zélande, elle ne dispose pas d'une réelle autorité sur l'appareil politique et militaire de ces Etats.

incontestablement les premiers artisans, leurs ambitions resteraient à l'état de velléités à défaut de relai des forces armées dès lors qu'ils se verraient bien incapables, à eux seuls, de les mettre à exécution[1280]. Ce principe admis, restait cependant à tracer la frontière entre les militaires condamnables et ceux excusables, laquelle se situait, de l'avis du tribunal, « *quelque part entre le Dictateur et Commandant suprême des Forces militaires d'un côté et le simple soldat de l'autre* »[1281]. À lire le jugement rendu, c'est précisément dans la capacité de déterminer la ligne de conduite martiale de l'État que résidait le critère[1282]. Seuls les militaires intervenant au niveau politique devaient pouvoir être tenus responsables de crime contre la paix. Tous les autres, soit ceux qui n'intervenaient pas à un échelon supérieur de commandement – c'est-à-dire les simples exécutants mais également les supérieurs hiérarchiques intermédiaires qui, en dépit de leur rang plus élevé, n'exercent aucune influence sur l'élaboration de la politique militaire de l'État – restaient, quant à eux, hors du champ des poursuites pénales[1283]. La condition posée par le Statut de Rome entérine cette délimitation étant donné que l'agent doit être en position de contrôler ou de diriger l'action militaire de l'État. Par ailleurs, les mêmes remarques relatives à l'absence de pertinence du statut formel du participant s'appliquent ici. Peu importe que l'individu agisse en qualité de chef *de jure* ou *de facto* des opérations armées ; l'essentiel est que l'autorité dont il est doté lui confère un réel pouvoir de commandement.

539. Exclusion des acteurs économiques. – En subordonnant la constitution de l'infraction au pouvoir de direction ou de contrôle effectivement exercé par l'agent sur l'appareil d'État, le texte rend difficile la possibilité d'envisager que d'autres types d'acteurs, et particulièrement des acteurs privés, puissent être déclarés coupables de crime d'agression. Il en avait pourtant été question à Nuremberg. Certaines hautes figures de l'industrie ou de la finance avaient en effet été mises en accusation du chef de crime contre la paix compte tenu du

---

[1280] *USA c. William Von Leeb and others*, « The high command case », préc., p. 486.
[1281] *Ibid*.
[1282] *USA c. William Von Leeb and others*, « The high command case », préc., pp. 488-490, spéc. p. 489 : « *If and as long as a member of the armed forces does not participate in the preparation, planning, initiating, or waging of aggressive war on a policy level, his war activities do not fall under the definition of crimes against peace. It is not a person's rank or status, but his power to shape or influence the policy of his state, which is the relevant issue for determining his criminality under the charge of crimes against peace* ». Les juges du tribunal de Nuremberg semblaient bien partager ce point de vue, ainsi qu'en témoigne l'appréciation qu'ils effectuèrent de la culpabilité de l'accusé Dönitz. Ils montrèrent en effet qu'en dépit de son statut officiel, qui n'était pas celui d'un commandant en chef (« Oberbefehlshaber »), il n'était pas un « *simple commandant d'armée ou de division* ». Bien au contraire, ils affirmèrent que « *de cette guerre, Dönitz était le seul responsable* », mettant l'accent sur le rôle très important qu'on lui reconnaissait dans l'effort de guerre allemand et dont attestait le fait qu'Hilter le consultait presque continuellement. V. *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p.332-333.
[1283] *USA c. William Von Leeb and others*, « The high command case », préc., p. 490 : « *we do not find that, at the present stage of development, international law declares as criminals those below that level who, in the execution of this war policy, act as the instruments of the policy makers. Anybody who is on the policy level and participates in the war policy is liable to punishment. But those under them cannot be punished for the crimes of others. The misdeed of the policy makers is all the greater in as much as they use the great mass of the soldiers and officers to carry out an international crime; however, the individual soldier or officer below the policy level is but the policy makers' instrument, finding himself, as he does, under the rigid discipline which is necessary for and peculiar to military organization* ».

soutien non négligeable qu'avaient pu apporter leurs entreprises à la mise en œuvre des guerres menées par le régime nazi[1284]. Certes, aucun d'entre eux ne fut jamais condamné. Mais l'analyse des décisions utiles montre que ces verdicts ont été rendus à défaut de caractérisation suffisante de l'élément intentionnel requis au titre de la constitution de l'infraction[1285]. Ainsi, il s'agissait essentiellement d'un problème de preuve. La solution aurait donc pu être différente dans l'hypothèse où l'accusation aurait réussi à établir que les hommes d'affaire accusés avaient agi en pleine connaissance des projets agressifs. Le tribunal militaire des États-Unis a d'ailleurs pris le soin de l'expliciter puisqu'il a assorti sa décision de donner droit à la requête de non-lieu présentée par la défense de la précision suivante : « *nous n'affirmons pas que les industriels, en tant que tels, ne peuvent jamais être déclarés coupables de ces chefs d'accusation* »[1286]. Étant donné le critère admis devant les tribunaux, il aurait alors simplement fallu démontrer que ces individus avaient, par leur comportement, contribué à rendre possible la réalisation de la guerre d'agression. Cette hypothèse ne devrait plus pouvoir satisfaire la constitution de l'infraction maintenant qu'il est requis que le participant soit en position de contrôler ou de diriger l'appareil politique de l'État agresseur, sauf à ce que le pouvoir de ces acteurs économiques soit tel qu'ils soient effectivement en mesure d'exercer une influence de fait sur les affaires d'État. Il ne s'agit toutefois, il est vrai, que d'un obstacle de fait, et non d'un obstacle de droit puisque le Statut n'exige pas que le participant ait revêtu une quelconque qualité officielle. Seulement, il est assez illusoire que des responsables économiques ou industriels du secteur privé puissent un jour être reconnus comme des *leaders* de fait[1287]. De ce point de vue, cette condition personnelle posée par le texte d'incrimination est donc bien restrictive. Cette circonscription du domaine du crime d'agression renforce, par ailleurs, l'idée selon laquelle ce crime est fondamentalement destiné à sanctionner un abus de souveraineté : si l'on savait déjà que seul l'État peut se rendre coupable d'un acte d'agression[1288], il apparaît de surcroît que seuls ses dirigeants peuvent en être tenus responsables.

[1284] L'Affaire *Krupp*, jugée par le tribunal militaire des États-Unis, se rapporte par exemple à la responsabilité des acteurs du secteur de l'industrie. Douze responsables de la société éponyme furent traduits en justice, parmi lesquels figuraient notamment ses dirigeants, des membres du conseil d'administration ou encore les chefs de certains secteurs de production. L'accusation faisait valoir que la société « *Krupp, as the principal German maker of large caliber artillery, ar mor plate, and other high quality armament, the largest private builder of V-boats and warships, and the second largest producer of iron and coal in Germany, contributed substantially to the ability of the Third Reich to wage its invasions and wars of aggression* » : *USA c. Afried Felix Alwyn Krupp and others,* « The Krupp Case », préc., p. 11, n°6. Il était en effet considéré que les guerres nazies n'auraient jamais pu être conduites sans le renfort de ces secteurs de production, de sorte que leurs dirigeants devaient répondre des campagnes agressives en cause, au même titre que certains dirigeants politiques ou militaires.

[1285] *USA c. Afried Felix Alwyn Krupp and others,* « The Krupp Case », préc., p. 400. La même conclusion s'applique à l'affaire IG Farben, où étaient également mis en accusation des hauts responsables de l'industrie : v. *USA c. C. Krauch and others*, « the I.G. Farben case », préc., p. 1123.

[1286] *USA c. Afried Felix Alwyn Krupp and others*, « The Krupp Case », préc., p. 393.

[1287] K. HELLER, « Retreat from Nuremberg : The Leadership Requirement in the Crime of Aggression », *EJIL*, vol. 18, n°3, 2007, p. 490-491 ; A. DANNER, « The Nuremberg Industrialist Prosecutions and Aggressive War », *Virginia Journal of international law*, vol. 46, n°3, 2006, p. 675.

[1288] V. *supra*, n°272 et s.

540. Conclusion de la section 1. – L'analyse démontre ainsi que l'incrimination des actes d'organisation des entreprises d'agression armée est loin d'être absolue et, surtout, que le champ actuel de la criminalisation est en net recul. D'abord, les textes anciens ouvraient la répression à toute la phase préparatoire à la réalisation de l'entreprise, depuis la conception des projets de domination étatique illicites jusqu'au lancement de leur exécution. Aujourd'hui, seuls les préparatifs concrets, c'est-à-dire l'organisation des modalités matérielles de l'emploi de la force, sont couverts par l'infraction. La conception de la politique d'agression échappe, quant à elle, aux prévisions du texte d'incrimination du crime d'agression. Ensuite, une autre limite matérielle a été mise en lumière, à savoir que seule l'organisation d'une entreprise d'agression entrée en phase d'exécution est punissable. Enfin, une troisième et dernière limite, tenant cette fois à la personne de l'auteur de l'acte d'organisation, a été identifiée. Alors qu'à Nuremberg, toute participation à l'organisation de l'entreprise d'agression entrait dans le champ du crime contre la paix, qu'elle qu'ait été la qualité de l'agent, désormais, seuls les comportements émanant d'une personne dotée d'un pouvoir de contrôle effectif de l'action politique ou militaire de l'État sont constitutifs d'un crime d'agression. Ce triple encadrement restreint significativement l'efficacité répressive de la justice pénale internationale, à contre-courant de l'objectif de lutte contre l'impunité affiché par la Cour pénale internationale. En dépit des restrictions recelées par les conditions constitutives du crime d'agression, cette infraction offre bel et bien la possibilité de sanctionner la phase d'organisation de l'entreprise d'ensemble. Or ce mérite ne peut être reconnu aux infractions internationales sanctionnant des faits de participation à une entreprise de nature criminelle, soit le crime contre l'humanité et le génocide. En ce qui concerne en effet ces dernières infractions, les actes d'organisation de l'entreprise ont été laissés pour compte : aucun texte d'incrimination ne les érige en comportement punissable.

Section 2. Le défaut d'incrimination des actes d'organisation des entreprises criminelles

541. La défaillance du système normatif actuel. – Si la sanction des décideurs et autres têtes pensantes des processus criminels contre l'humanité ou génocidaires constitue supposément la priorité de la justice pénale internationale, les normes de droit international pénal existantes ne permettent pas de répondre à cet objectif. En effet, les dispositions répressives couvrent exclusivement la phase d'exécution des entreprises d'ensemble tandis que tout le processus antérieur consistant à mettre en place de la structure criminelle échappe à l'application de la loi pénale internationale. Le système normatif actuel se révèle ainsi totalement inadapté à la répression des actes d'organisation des entreprises criminelles (§1). Il apparaît dès lors indispensable d'envisager sa refonte afin de l'enrichir de normes dédiées à la répression de cette catégorie de participations (§2).

§1. L'inadaptation du système normatif à la répression des actes d'organisation des entreprises criminelles

542. L'insuffisance des normes répressives existantes. – La pénalisation d'un comportement peut procéder de deux types de normes : une norme d'incrimination ou une norme d'imputation. Dans le premier cas, l'acte réprouvé est directement érigé en infraction pénale. Dans le second, il est rendu punissable en tant que mode de participation à l'infraction. La conduite considérée est alors dépourvue de criminalité propre : ce n'est que parce qu'elle vient se greffer à la réalisation d'une infraction principale qu'elle prend une coloration pénale et devient répréhensible. C'est par ce biais que le droit pénal réprime, notamment, les actes de complicité.

Si le législateur international a su exploiter ces deux techniques pour procéder à la criminalisation des comportements s'intégrant à l'exécution des entreprises criminelles contre l'humanité et génocidaire, il a toutefois laissé hors de leurs champs respectifs les comportements consistant à *organiser* la mise en place du système criminel global. En effet, ni les normes d'incrimination (A) ni les normes d'imputation (B) existantes n'offrent de fondement suffisant à leur répression.

A. L'insuffisance des normes d'incrimination existantes

543. L'incrimination insignifiante des actes d'organisation des entreprises criminelles. – Il a déjà été entrevu qu'aucune incrimination sous-jacente, parmi celles listées au sein des textes définissant le crime contre l'humanité et le génocide, ne visait de comportement d'organisation de l'entreprise d'ensemble. Mais les textes définissant les infractions internationales ne concentrent pas toutes les normes d'incrimination existantes. Certaines ont été localisées – non sans une certaine incohérence – dans les dispositions relatives à la responsabilité pénale, et couvrent justement des actes d'organisation de l'entreprise criminelle. Pour autant, ces incriminations sont très peu nombreuses, et encore plus rares sont celles qui sont encore applicables. L'une d'entre elles, aujourd'hui abandonnée, visait l'entente en vue de commettre un génocide, ce qui offrait la possibilité de réprimer la conspiration criminelle à l'origine de l'entreprise destructrice (1). Aujourd'hui, il n'est plus qu'une seule et unique infraction se rapportant à la phase antérieure à l'exécution de l'entreprise criminelle : il s'agit de l'incitation publique et directe au génocide (2).

1- L'abandon de l'incrimination de l'entente en vue de commettre un génocide

544. L'incrimination de l'infraction d'entente en vue de commettre le génocide. – L'infraction d'entente en vue de commettre un génocide trouve sa source dans la Convention

pour la prévention et la répression du génocide adoptée par les Nations Unies. Son article III étend le champ des actes punissables au-delà de la concrétisation du génocide *stricto sensu* : il prévoit qu'est également répréhensible l'entente en vue de commettre un génocide[1289]. Cette disposition fut retranscrite à l'identique dans les Statuts des TPI[1290].

545. La finalité de l'infraction d'entente en vue de commettre un génocide. – Plusieurs éléments invitent à considérer cette infraction d'entente comme une résurgence de l'infraction de complot examinée à l'occasion de l'étude du crime d'agression[1291], même si la lettre de l'incrimination n'en réfère pas formellement à cette notion. La consultation de la version anglaise des textes procure un premier indice, l'infraction y étant définie comme la *conspiracy to commit genocide*[1292]. Or, jusqu'alors, c'est bien la notion de complot, et non celle d'entente, qui était tenue pour équivalent de la *conspiracy* dans les textes juridiques[1293]. Le changement de vocabulaire ne semble d'ailleurs pas réellement significatif au vu des travaux préparatoires à la Convention sur le génocide. Leur examen montre que certains représentants plébiscitaient l'usage du terme complot quand d'autres privilégiaient celui d'entente, lequel fut finalement retenu sans plus de discussions[1294]. En sus de cet argument formel, la parenté de ces deux infractions est étayée par la coïncidence de leur finalité. À l'instar du complot, la vocation de l'entente en vue de commettre le génocide était manifestement de sanctionner la conspiration criminelle originelle. Les travaux ayant présidé à l'adoption de la Convention sur le génocide le démontrent, l'accent ayant été mis sur la « *nécessité de frapper le seul fait de l'association et de l'entente en vue de l'accomplissement du génocide alors même qu'aucun "acte préparatoire" n'aurait encore eu lieu* »[1295]. Étant donné que par « actes préparatoires », les

---

[1289] Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide du 9 décembre 1948, art. III, b).
[1290] Art. 4 al. 3, b) du Statut du TPIY et art. 2 al. 3, b) du Statut du TPIR.
[1291] S'il a été vu, à l'occasion de cette étude, que l'incrimination du complot par les Statut des TMI permettait également de réprimer la conspiration criminelle, il faut préciser ici que la participation à un complot ou plan concerté de *crime contre l'humanité* n'a jamais été érigée en infraction autonome, mais qu'elle a été appréhendée en tant que mode de participation criminelle (v. les art. 6 du statut du TMI de Nuremberg, dernier alinéa ; art. 5, c) du Statut du TMI de Tokyo). Il est à noter, du reste, que cette transcription juridique particulière du complot de crime contre l'humanité a eu raison de son application dans la pratique : le tribunal de Nuremberg, considérant que les textes n'avaient « *pas pour objet d'ajouter une infraction distincte aux crimes énumérés* » et que « *leur seul but [était] de déterminer les personnes qui seront responsables de participation au plan concerté* », a expliqué qu'il « [négligerait] *désormais l'inculpation de complot en vue de commettre des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité* » (*Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 238). Le TMI de Tokyo rejeta lui aussi le complot au moyen d'une argumentation similaire : « *A similar provision appeared in the Nuremberg Charter although there it was an independent paragraph and was not, as in our Charter incorporated in sub-paragraph (c). The context of this provision clearly relates it exclusively to sub-paragraph (a), Crimes against Peace, as that is the only category in which a "common plan or conspiracy" is stated to be a crime. It has not application to Conventional War Crimes and Crimes against Humanity as conspiracies to commit such crimes are not made criminal by the Charter of the Tribunal* » (*The Tokyo judgment*, préc., p. 33). C'est dire que la notion de complot n'a finalement jamais été exploitée aux fins de la répression de la conspiration criminelle nazie.
[1292] La notion de *conspiracy* est employée comme équivalent de la notion d'entente dans la version anglaise de la Convention internationale pour la prévention et la répression du crime de Génocide ayant été adoptée le 9 décembre 1948 par les Nations Unies ainsi que dans la version anglaise des Statuts des TPI.
[1293] Voir et mettre en perspective les versions anglaise et française des Statuts des TMI de Nuremberg et de Tokyo.
[1294] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°666.
[1295] Nations Unies, Conseil économique et social, *Projet de Convention sur le crime de génocide*, préc., p. 36.

représentants désignaient la phase d'organisation matérielle de l'entreprise génocidaire, c'est-à-dire le processus « *administratif* »[1296] consistant à déterminer les modalités concrètes de son exécution – notamment à travers la désignation des exécutants ou l'identification des victimes à atteindre[1297] – il est clair que l'incrimination devait permettre d'anticiper la répression jusqu'aux prémices de l'entreprise destructrice, c'est-à-dire au stade de la conception même du projet criminel.

546. L'intérêt de l'infraction d'entente en vue de commettre le génocide. – La similitude de nature entre les notions d'entente et de complot induit une similitude d'intérêt : toutes deux permettent de remonter à la formation de la résolution criminelle à l'origine de l'entreprise génocidaire et, surtout, de sanctionner la conspiration criminelle indépendamment de ses suites, c'est-à-dire sans égard à la question de savoir si elle a débouché sur la commission effective d'exactions. La jurisprudence des TPI a d'ailleurs multiplié les déclarations à ce sujet, précisant à maintes reprises qu'il s'agissait d'une infraction formelle et donc, que la conclusion de l'accord illicite suffisait à emporter sa consommation, peu important qu'elle soit suivie d'effet[1298]. « *C'est bien l'acte d'entente* per se*, autrement dit le "procédé" de l'entente qui est incriminé* », insistèrent-ils, « *et non pas son résultat* »[1299]. L'attachement de la jurisprudence à mettre en relief ces caractéristiques de l'infraction est révélateur de l'intérêt qu'elle pouvait porter à cette incrimination. Visiblement, celle-ci avait pleinement intégré que la possibilité de sanctionner une infraction qui n'existe encore qu'à l'état de projet représente un véritable atout dans le cadre du jugement des crimes internationaux. Les potentialités répressives de cette infraction d'entente ont, d'ailleurs, été largement exploitées par la jurisprudence. Elle a, en effet, servi de fondement à la mise en accusation – et à la condamnation – de plusieurs dirigeants haut placés du gouvernement intérimaire rwandais ayant initié l'entreprise génocidaire survenue sur le territoire national, ainsi de Jean Kambanda[1300], premier ministre rwandais à l'époque des faits, de Matthieu Ngirumpatse[1301], président du parti politique MRND (lequel était le parti politique majoritaire au sein du gouvernement) ou encore d'Edouard Karemera[1302], vice-président du MRND et, de surcroît, ministre de l'intérieur à compter du 25 mai 1994. D'autres responsables politiques pourraient encore être cités[1303]. Le large recours à cette qualification

---

[1296] Nations Unies, Conseil économique et social, *Projet de Convention sur le crime de génocide*, préc., p. 35.
[1297] *Ibid*.
[1298] v. not. : TPIR, jugement *Musema*, préc., n°194 ; TPIR, jugement *Niyitegeka*, préc., n°423 ; TPIR, jugement *Kajelijeli*, préc., n°788 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Zigiranyirazo*, jugement (ICTR-01-73-T), ch. prem. inst. III, 18 déc. 2008, n°389 (ci-après : « jugement *Zigiranyirazo* »). Pour le TPIY, voir : TPIY, jugement *Popović et consorts*, préc., n°868 ; TPIY, jugement *Tolimir*, préc., n°786.
[1299] TPIR, jugement *Musema*, préc., n°193 ; TPIR, jugement *Seromba*, préc., n°345.
[1300] TPIR, jugement *Kambanda*, préc., n°40§2 pour le plaidoyer de culpabilité relatif à cette infraction.
[1301] : TPIR, *Affaire le Procureur c. Karemera et Ngirumpatse*, jugement (ICTR-98-44-T), ch. prem. inst. III, 2 fév. 2012, n°1583-1590 (ci-après : « jugement *Karemera et Ngirumpatse* »).
[1302] *Ibid*.
[1303] On pense notamment à Pauline Nyiramasuhuko, une des *leaders* MRND et Ministre de la famille et de la promotion féminine en 1994 ; à Sylvain Nsabimana, préfet de Butare du 19 avril au 17 juin 1994 ; ou encore à Alphonse Nteziryayo, directeur la police communale au Ministère de l'intérieur et du développement communal

devant le TPIR, aux fins de la poursuite des décideurs du génocide rwandais, montre combien l'entente en vue de commettre un génocide pouvait être utile à la répression des actes d'organisation de l'entreprise criminelle.

547. La spécialité regrettable de l'infraction d'entente. – Aussi utile qu'ait pu être l'incrimination de l'entente en vue de commettre un génocide, elle souffrait toutefois d'une importante limite tenant à la spécialité de l'infraction. Comme sa dénomination l'indique, celle-ci était exclusivement applicable à l'élaboration d'un plan génocidaire. Par conséquent, seul le fait d'ourdir un projet de destruction d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux pouvait tomber sous le coup de cette norme d'incrimination. Les conspirations d'un autre ressort échappaient, quant à elles, à son application et donc à toute forme de répression. Cette restriction s'explique bien entendu par l'objet particulier de la Convention d'où est issue l'incrimination. On peut toutefois regretter que les rédacteurs des Statuts n'aient pas étendu son application à l'ensemble des crimes internationaux, et notamment aux crimes contre l'humanité, surtout quand on sait qu'une grande partie des politiques criminelles mises en œuvre en Ex-Yougoslavie relevaient de cette dernière qualification puisqu'elles promouvaient non pas l'anéantissement, mais l'expulsion d'une collectivité d'un territoire donné[1304]. La généralisation de l'incrimination de l'entente aurait dès lors été indubitablement utile au TPIY : elle lui aurait permis d'atteindre les concepteurs des politiques d'épuration ethnique mises en œuvre au cours du conflit dont il était saisi.

548. Transition. – Toujours est-il qu'au lieu d'opter pour l'élargissement du champ de l'infraction d'entente, les rédacteurs du Statut de Rome ont fait le choix, regrettable, d'abandonner son incrimination. Ainsi l'évolution du droit international pénal ne va-t-elle pas toujours de pair avec son amélioration, l'absence de normes incriminant la conspiration criminelle dans le statut de Rome manifestant le net recul du droit de la CPI par rapport au droit antérieur. Cela étant, ce corpus juridique ne néglige pas *complètement* la phase organisationnelle de l'entreprise d'ensemble puisqu'il reconduit l'incrimination de l'incitation publique et directe au génocide.

2- L'incrimination exclusive de l'incitation directe et publique au génocide

549. L'incrimination de l'incitation publique et directe au génocide. – Comme le crime d'entente en vue de commettre un génocide, le crime d'incitation publique et directe au

jusqu'en juin 1994 avant de remplacer Nsabimana au poste de préfet de Butare. Ces différents responsables politiques ont été jugés dans le cadre d'une même affaire : TPIR, *Affaire le Procureur c. Nyiramasuhuko et consorts*, jugement (ICTR-98-42-T), Ch. prem. inst. II, 24 juin. 2011, spéc. n°5666-5678 (ci-après : jugement « *Nyiramasuhuko et consorts* »).

[1304] Sur la purification ethnique en tant que projet criminel contre l'humanité, v. *supra*, n°131.

génocide est issu de la Convention internationale sur le génocide adoptée par les Nations Unies[1305]. Les Statuts des TPI ont transposé la disposition conventionnelle au sein du texte définissant le crime de génocide. Son libellé est clair : l'incitation directe et publique à commettre le génocide fait partie des actes punissables, au même titre que son exécution proprement dite ou que l'entente en vue de sa commission[1306]. Les rédacteurs du Statut de Rome ont, quant à eux, fait le choix d'intégrer l'incrimination dans une disposition générale déterminant les différents modes de responsabilité individuelle[1307]. La norme énoncée, pourtant, définit bien une *infraction pénale*, et non *un mode de participation criminelle*, puisqu'il n'est pas nécessaire que le comportement décrit vienne se greffer sur la commission d'une infraction principale. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de l'incitation directe et publique au génocide : elle est un « *crime particulier, punissable en tant que tel* »[1308], en ce sens qu'elle n'a pas à produire une quelconque conséquence pour être répréhensible. Autrement dit, elle n'a pas à aboutir à la commission d'un acte génocidaire. Elle est une infraction formelle qui se consomme par la seule expression de l'incitation[1309]. Il incombe, à cet égard, de distinguer soigneusement le *crime* d'incitation du *mode de participation* homologue[1310]. Ce même comportement est, en effet, appréhendé sous deux formes par le droit international. Public et direct, il est un crime à part entière. À défaut, il est un moyen de prendre part, de manière accessoire, à la commission d'un acte génocidaire ; mais il faut, le cas échéant, que l'incitation soit suivie d'effet pour que son auteur puisse être tenu responsable[1311].

550. Raison d'être de l'infraction. – La raison pour laquelle l'incitation est érigée en infraction autonome – lorsqu'elle est publique et directe – tient au fait qu'elle est alors réputée empreinte d'une gravité accrue, à raison du rôle essentiel qu'elle joue dans l'instauration du processus génocidaire[1312]. En effet, « *les incitateurs* », explique un auteur, « *justifient et même*

[1305] Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide du 9 décembre 1948, art. III, c.
[1306] Art. 4, al. 3, c) du Statut du TPIY et art. 2, al. 3, c) du Statut du TPIR.
[1307] Art. 25 du Statut de Rome, al. 3, e).
[1308] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°554.
[1309] V. not. : TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°562 ; TPIR, jugement *Niyitegeka*, préc., n°431 ; TPIR, jugement *Kajelijeli*, préc., n°855 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Bikindi*, jugement (ICTR-2001-72-T), ch. prem. inst. III, 2 décembre 2008, n°419 (ci-après : « jugement *Bikindi* ») ; TPIR, arrêt *Nahimana et consorts*, préc., n°678 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Kalimanzira*, jugement (ICTR-05-88-T), ch. prem. inst. III, 22 juin 2009, n°510 (ci-après : « jugement *Kalimanzira* »).
[1310] En vertu des Statuts des TPI, « *quiconque a (...) incité à commettre, (...) un crime visé aux articles 2 à 4 du présent statut est individuellement responsable dudit crime* » : v. art. 7 al. 1 du Statut du TPIY et art. 6 al. 1 du Statut du TPIR. Le Statut de Rome emploie une formule distincte puisqu'il vise le fait d'ordonner, de solliciter ou d'encourager la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour : art. 25 al. 3, b) du Statut de Rome. En substance, le comportement visé reste toutefois identique, les verbes employés étant synonymes d'inciter.
Pour des jurisprudences ayant posé cette distinction nécessaire entre le crime d'incitation et le mode de participation correspondant, v. not : TPIR, jugement *Rutanganda*, préc., n°38 ; TPIR, jugement *Kalimanzira*, préc., n°512 ; TPIR, arrêt *Nahimana et consorts*, préc., n°678.
[1311] Cette condition ne ressort pas des Statuts des TPI mais a été dégagée par la jurisprudence des TPI. V. not. : TPIR, jugement *Rutanganda*, préc., n°38. Elle est en revanche expressément prescrite par l'article 25 al. 3, b) du Statut de la CPI qui définit ce mode de participation.
[1312] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°551.

exaltent le crime. L'incitation facilite indéniablement l'organisation et la mise en œuvre de la politique criminelle, aggrave son efficacité, enrôlant plus d'individus, justifiant leurs actes, voire les encourageant à commettre les actes les plus graves ou touchant le plus de victimes, en développant la volonté criminelle des auteurs potentiels d'actes inhumains qu'elle déculpabilise »[1313]. Ainsi tenue pour être l'une des premières causes des massacres réalisant l'entreprise génocidaire, cette forme d'exhortation au crime a été érigée en infraction dans le but affiché d'endiguer la dynamique mimétique qui conduit aux massacres de masse et de prévenir, ainsi, la survenance du génocide[1314]. De la sorte, la répression peut effectivement intervenir en amont de la concrétisation des exactions qu'elle porte à accomplir.

551. Le caractère public de l'incitation. – L'incrimination puisant sa légitimité dans les caractères public et direct de l'incitation, la jurisprudence veille scrupuleusement à ce qu'ils soient convenablement établis par l'accusation. À propos du premier critère, la définition qu'elle en a livrée – définition qui n'en est pas vraiment une, puisqu'elle consiste, au fond, en une simple énumération des procédés susceptibles de caractériser la publicité – indique que l'incitation peut être diffusée par tout moyen : « *soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou affiches, exposés au regards du public, soit par tout autre moyen de communication audiovisuelle* »[1315]. L'extériorisation de l'appel au génocide peut, ainsi, être aussi bien verbale qu'écrite, ce qui conduit à considérer que les modalités de son expression ne sont pas déterminantes de la condition de publicité. L'élément décisif réside, en réalité, dans la perceptibilité à large échelle du message en cause. Il doit pouvoir être capté par le tout-venant des individus. La jurisprudence a largement mis l'accent sur ce point : l'instigation faite en privé échappe au champ d'application de l'infraction[1316], quand bien même une pluralité d'individus en seraient destinataires. Cette exclusion se justifie aisément eu égard au fondement de cette infraction qui se veut sanctionnatrice des prédicateurs de l'idéologie génocidaire, et non des provocateurs isolés[1317]. Mais l'interprétation de cette exigence ne doit pas être trop restrictive, à défaut de quoi la qualification pourrait faire l'objet d'une limitation indésirable. Pour l'heure, la jurisprudence estime que la publicité de l'incitation doit être examinée à la lumière de deux facteurs principaux : le lieu où l'incitation a été formulée et le fait de savoir si l'assistance a été

[1313] Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit*., p. 386.
[1314] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°560 ; TPIR, jugement *Bikindi*, préc., n°419 ; TPIR, jugement *Nahimana et consorts*, préc., n°978 ; TPIR, arrêt *Nahimana et consorts*, préc., n°678 ; TPIR, jugement *Kalimanzira*, n°510.
[1315] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°559. A noter que cette définition est issue du droit interne français, précisément de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
[1316] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°556 ; TPIR, jugement *Muvunyi*, préc., n°503 ; TPIR, jugement *Kalimanzira*, n°515.
[1317] Cette forme d'instigation relève du mode de participation accessoire à l'infraction prévue par l' article 7 al. 1 du Statut du TPIY, l'article 6 al. 1 du Statut du TPIR et l'article 25 al. 3, b) du Statut de Rome.

sélectionnée ou limitée[1318]. Le premier élément, qui est un critère d'appréciation classique de la publicité, ne pose pas vraiment de difficultés. Le second, en revanche, est plus incertain. Qu'en est-il si l'accusé convoque une assemblée, triant son auditoire sur le volet, pour s'adresser exclusivement à des personnes qu'il estime pouvoir convaincre de la nécessité de prendre part à l'entreprise génocidaire ? À suivre la jurisprudence, la sélection de l'audience devrait dans cette hypothèse tenir en échec la caractérisation de la publicité de l'incitation. Le jugement *Kalimanzira* avère cette solution. La chambre de première instance y a estimé que la réunion au cours de laquelle l'exhortation au génocide avait été réalisée n'était pas publique, essentiellement parce qu'elle avait été réservée à un groupe composé de vingt à trente personnes qui avaient été préalablement désignées[1319]. On pressent alors le risque d'impunité que génère cette lecture du critère de publicité. Quiconque haranguera les foules au cours d'une manifestation où l'assistance, aussi importante soit-elle, aura été invitée à être présente, échappera aux poursuites pénales du chef d'incitation publique et directe au génocide[1320], alors même que le comportement en cause se rapproche sensiblement de celui que l'infraction a vocation à sanctionner. Il est vrai que demeure la possibilité d'engager des poursuites sur le fondement du mode de participation à l'infraction que constitue l'encouragement[1321]. Mais encore faudra-t-il, pour cela, que le message délivré ait déterminé ses destinataires à passer effectivement à l'acte.

552. Le caractère direct de l'incitation. – Pour ce qui concerne ensuite le caractère direct, la jurisprudence du TPIR a établi que cette condition voulait que l'acte incitatif « *provoque expressément autrui à entreprendre une action criminelle et qu'une simple suggestion, vague et indirecte, [était] quant à elle insuffisante* »[1322]. Et de poursuivre, en s'appuyant sur le droit interne, que cette exigence impliquait que l'accusation prouve l'existence d'un « *lien de causalité certain entre l'acte qualifié d'incitation et une infraction particulière* »[1323]. Cette dernière remarque obligeant à vérifier que l'appel au crime proféré ait effectivement trouvé un prolongement dans la commission d'une infraction se heurte à la nature formelle du crime d'incitation. Il y a, en effet, une contradiction invincible à admettre, d'un

[1318] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°556 ; TPIR, jugement *Kajelijeli*, préc., n°851 ; TPIR, jugement *Kalimanzira*, préc., n°515.
[1319] TPIR, jugement *Kalimanzira*, préc., n°634.
[1320] Sauf à ce que la jurisprudence internationale se retranche derrière l'interprétation française de l'infraction d'incitation par voie de presse, sur laquelle est adossée l'infraction d'incitation publique et directe au génocide. La Cour de cassation a en effet dégagé la notion de « communauté d'intérêt » pour exclure la publicité là où les personnes ayant à connaître des propos litigieux forment une entité suffisamment fermée pour ne pas être perçues comme des tiers par rapport à son auteur, au regard de leur appartenance commune, de leurs aspirations ou objectifs partagés. V. not. : Cass. crim., 3 juin 1997, *Bull*. n°218 : *RSC* 1998, p. 104, obs. Y. MAYAUD. Toujours est-il que la jurisprudence pénale internationale n'a pour l'instant jamais évoqué cette notion de communauté d'intérêt dans ses décisions relatives à l'incitation au génocide.
[1321] Art. 25 al. 3, b) du Statut de Rome.
[1322] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°557. Dans le même sens : TPIR, jugement *Kajelijeli*, préc., n°852 ; TPIR, jugement *Muvunyi*, préc., n°502.
[1323] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°557; TPIR, jugement *Kajelijeli*, préc., n°852.

côté, que l'infraction se consomme par la seule perpétration du comportement décrit, indépendamment de ses effets, et à requérir, d'un autre côté, qu'elle ait déterminé la commission d'un crime précis[1324]. Si la condition de causalité n'est pas étrangère à la théorie de l'infraction formelle, le problème est d'avoir introduit, ici, l'exigence d'une causalité *effective* entre l'incitation et le crime qu'elle porte à accomplir[1325]. Il aurait fallu exiger, en réalité, un seul *potentiel causal* pour vérifier que l'incitation en cause est bien *de nature* à engendrer la perpétration d'un crime. C'est, en effet, à cette seule condition que l'acte peut être considéré comme suffisamment dangereux pour être reprochable, parce qu'il porte en lui le germe de la réalisation du dommage que l'on souhaite éviter. Cette méprise des juges provient des sources juridiques qu'ils ont exploitées aux fins d'expliciter la teneur du caractère direct de l'incitation incriminée. Ils se sont appuyés sur un texte de loi français définissant une infraction *matérielle* de provocation[1326], qui se consomme par la concrétisation de l'objet de la provocation incriminée. La différence est fondamentale car, dans ce cas de figure, la provocation doit impérativement aboutir à la perpétration d'un acte donné pour être répréhensible, ce qui explique qu'il faille faire état d'un « *lien de causalité certain entre l'acte qualifié d'incitation et une infraction particulière* » (pour reprendre la formule retenue par les juges du TPIR). Toujours est-il que pendant tout le temps où a perduré cette confusion, la jurisprudence s'est attachée à vérifier que les discours proférés avaient bien engendré la commission d'actes génocidaires pour caractériser l'infraction[1327]. C'était, finalement, soumettre le crime d'incitation au même régime que le mode de participation analogue et, par là même, priver la qualification de tout son intérêt puisque celle-ci ne permettait plus de sanctionner l'incitation de manière autonome. Il aura fallu attendre cinq années pour que le malentendu soit dissipé par la jurisprudence, laquelle relèvera que « *cette relation de cause à effet n'est pas une condition*

[1324] En sens également : M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°649.

[1325] L'idée selon laquelle l'infraction formelle inclut un élément de causalité peut être défendue dans la mesure où le comportement qui la constitue est toujours incriminé en contemplation d'un résultat illicite donné. Comme l'explique le Professeur Saint-Pau, « *si en effet, la réalisation de l'atteinte ne constitue pas le seuil de consommation de l'infraction formelle en sorte qu'il est indifférent de constater que le comportement l'a causée, il reste que la définition de l'acte incriminé dépend nécessairement de sa propension à réaliser ce résultat juridique. Plus exactement, le comportement ne devient pénalement punissable qu'à partir du moment où il est à même de causer abstraitement une atteinte, sans égard au fait de savoir s'il l'a concrètement causée ; c'est ainsi le pouvoir causal abstrait ou le potentiel causal de l'acte qui qualifie l'illicite* » : J.-C. SAINT-PAU, « Les causalités dans la théorie de l'infraction », préc., p. 693, n°28.

[1326] Voir la note de bas de page n°129 du paragraphe n°557 du jugement *Akayesu* précité. Il renvoie à l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse disposant que : « *seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet* » (nous soulignons).

[1327] V. not. : TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°362, où la chambre s'est déclarée convaincue « *de l'existence d'un lien de causalité entre les propos tenus par l'accusé lors du rassemblement du 19 avril 1994 et les massacres généralisés qui s'en sont suivis à Taba* ». Pour une conclusion inverse, v. TPIR, jugement *Bikindi*, préc., n°126.

indispensable pour que soit constituée l'incitation. C'est parce qu'il a pour potentiel de provoquer le génocide que le discours caractérise l'incitation »[1328].

À partir de cette décision, la jurisprudence a cessé d'interpréter l'adjectif *direct* au sens d'effectif, pour mieux retenir qu'il marque seulement une exigence d'univocité de l'incitation réalisée. Autrement dit, le message délivré doit inviter sans détour à la commission d'un acte génocidaire. Cela ne signifie pas, toutefois, qu'il doive nécessairement être exprès. La jurisprudence admet en effet qu'« *une incitation* [puisse] *être directe mais néanmoins implicite* »[1329]. En réalité, l'essentiel est que l'appel au crime soit intelligible par l'auditoire[1330]. Il ne doit pas être perçu comme tel au prix d'une *interprétation* de ses destinataires. Il s'ensuit que le recours à des figures de rhétorique déguisant le discours ne sont pas un obstacle à la qualification dans la mesure où le vocabulaire employé véhicule bien, en creux, une exhortation au génocide. La jurisprudence apprécie la teneur du discours à la lumière des particularités culturelles et linguistiques de la situation qui lui est soumise[1331]. Ainsi, dans deux affaires, elle a tenu pour une incitation directe au génocide l'injonction à tuer *des serpents* dans la mesure où cette qualification péjorative était employée pour désigner les individus tutsis[1332]. De même, des appels à « *s'unir contre le seul ennemi* »[1333], à « *se mettre au travail* »[1334] ou encore, à « *se lever et regarder partout pour n'épargner personne* »[1335] ont été perçus comme promouvant l'extermination du peuple tutsi, bien qu'il n'ait pas été nommément désigné. En revanche, les discours haineux ou discriminatoires, même s'ils favorisent la mise en place d'un climat délétère en attisant la désunion du corps social, échappent à la qualification tant qu'ils ne portent pas précisément à la commission d'actes génocidaires. Tel est l'enseignement de l'affaire des médias rwandais, dans laquelle le TPIR, cherchant à déterminer le point de tension entre le droit à la liberté d'expression et l'interdiction du génocide, a opéré une distinction entre *incitation à la haine* et *incitation au génocide*[1336] pour mieux exclure la première du champ des actes répréhensibles au titre de cette infraction. L'équilibre trouvé semble satisfaisant ; il prend appui sur une analyse fouillée de nombreuses sources juridiques[1337] qui fonde la légitimité de la

---

[1328] TPIR, jugement *Nahimana et consorts*, préc., n°1015.
[1329] TPIR, jugement *Niyitegeka*, préc., n°431.
[1330] TPIR, jugement *Muvunyi*, préc., n°502 ; TPIR, jugement *Nyiramasuhuko et consorts*, préc., n°5986 ; TPIR, jugement *Karemera et Ngirumpatse*, préc., n°1594.
[1331] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°557 ; TPIR, jugement *Niyitegeka*, préc., n°431; TPIR, arrêt *Nahimana et consorts*, préc., n°698-701.
[1332] TPIR, jugement *Muvunyi*, préc., n°507 ; TPIR, jugement *Bikindi*, préc., n°423.
[1333] TPIR, jugement *Kalimanzira*, préc., n°589.
[1334] TPIR, jugement *Niyitegeka*, préc., n°433-437.
[1335] TPIR, jugement *Bikindi*, préc., n°423.
[1336] TPIR, arrêt *Nahimana et consorts*, préc., n°692 : « *Dans la plupart des cas, une incitation directe et publique à commettre le génocide pourra être précédée ou accompagnée de discours haineux, mais seule l'incitation directe et publique à commettre le génocide est prohibée en vertu de l'article 2(3)(c) du Statut* ».
[1337] TPIR, jugement *Nahimana et consorts*, préc., n°981-1009 : la Chambre renvoie notamment à la jurisprudence des TMI, en particulier à celle du tribunal de Nuremberg puisqu'elle se réfère aux affaires *Streicher* et *Fritzsche*, à la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ainsi qu'à la jurisprudence utile, ou encore à la Convention européenne des droits de l'homme et à la jurisprudence rendue par la Cour afférente.

délimitation du domaine du crime d'incitation publique et directe au génocide posée par la jurisprudence du TPIR.

553. La spécialité du crime d'incitation. – D'autres limites, par contre, ne trouvent pas de justification : c'est le cas de celle résultant de la spécialité de l'infraction d'incitation publique et directe au génocide. Comme le crime d'entente, cette infraction est strictement limitée au cadre des entreprises génocidaires. La circonscription originelle du domaine de l'infraction, induite par sa source, aurait pourtant pu être dépassée lors de la transcription de l'incrimination au sein des Statuts des juridictions internationales. La généralisation de l'incrimination avait d'ailleurs été envisagée lors des négociations du Statut de Rome, avant d'être finalement évacuée par les États qui ont refusé d'ouvrir cette figure aux autres infractions internationales[1338]. L'exhortation au crime présente pourtant le même effet catalyseur lorsque l'entreprise considérée est criminelle contre l'humanité[1339], ce qui invite à considérer que son incrimination aurait tout autant raison d'être. Elle permettrait, d'une part, d'exprimer juridiquement la gravité de ce type de participation à l'entreprise d'ensemble et, d'autre part, de prévenir la survenance de cette dernière en neutralisant les facteurs créant un climat propice à la réalisation des atrocités qui la caractérisent, ce que ne permet pas le mode de participation homologue[1340]. La généralisation de l'incrimination de l'incitation publique et directe est donc aussi souhaitable que légitime[1341]. Mais quand bien même les États parties au Statut de Rome entérineraient cette proposition, le dispositif normatif resterait largement insuffisant à saisir la phase organisationnelle de l'entreprise criminelle d'ensemble. En effet, l'incitation publique et directe au crime ne constitue qu'un échantillon, une portion très réduite, des actes préparant sa réalisation. Tous les autres comportements participant également de ce processus – par exemple la détermination du projet global ou encore l'instauration des structures devant assurer sa mise en œuvre – ne sont, quant à eux, visés par aucune norme d'incrimination. Leur poursuite, à titre autonome, est donc inenvisageable. Or les normes d'imputation existantes ne permettent pas de remédier à cette lacune répressive.

B. L'insuffisance des normes d'imputation

554. L'impossible contournement des lacunes des textes d'incrimination par le recours aux normes d'imputation. – À côté des normes d'incrimination, les normes d'imputation jouent un rôle essentiel dans la délimitation des conduites pénalement punissables. Ces dernières ouvrent le champ de la répression à des comportements *accessoires* à l'infraction,

---

[1338] W. SCHABAS, *The international criminal court, A commentary on the Rome statute*, *op. cit*., p. 583.
[1339] En ce sens : Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit*., p. 388.
[1340] Pour rappel, en tant que mode de participation à l'infraction, l'incitation doit nécessairement être suivie d'effet pour être punissable. Sur ce point, v. *supra*, n°156.
A défaut, il est un moyen de prendre part, de manière accessoire, à la commission d'un acte génocidaire ; mais il faut, le cas échéant, que l'incitation soit suivie d'effet pour que son auteur puisse être tenu responsable
[1341] En ce sens : Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op. cit*., p. 388.

soit des comportements qui, sans correspondre à la description du fait infractionnel, participent de sa survenance. Si les normes d'imputation prévues par les statuts permettaient d'atteindre les actes d'organisation de l'entreprise d'ensemble, les lacunes des textes d'incrimination auraient pu être palliées. Mais l'étude des dispositions applicables[1342] montre qu'elles ne sont d'aucun secours. Les modes de participations que sont la complicité (1) et la responsabilité du supérieur hiérarchique (2) n'offrent aucune solution satisfaisante à la répression des comportements d'organisation.

1- L'inadaptation de la complicité à la répression des actes d'organisation des entreprises criminelles

555. Double insuffisance de la complicité. – Il faut d'emblée souligner que la notion de complicité n'apparaît pas dans les dispositions statutaires. Celles-ci se bornent à énumérer les différents modes de participation, sans procéder à leur catégorisation technique. Dans le Statut de Rome, sont ainsi indistinctement visés la commission[1343], l'ordre, la sollicitation ou l'encouragement au crime[1344], l'aide, le concours ou l'assistance au crime[1345] et enfin, la contribution à l'activité criminelle d'un groupe de personne agissant de concert[1346]. Pour autant, la jurisprudence de la CPI[1347] et, avant elle, celle des TPI[1348], n'a jamais hésité à recourir à la notion de complicité pour qualifier les modes de participation autre que la commission. Cela se justifie facilement : au fond, il s'agit bien de réprimer une participation *accessoire* au crime, en

---

[1342] Cette étude ayant pour objet les normes statutaires, seules les modes d'imputation prévus par les textes seront ici envisagés. Les notions d'entreprise criminelle commune et de coaction indirecte, créées par la jurisprudence, seront analysées *infra*, n°595 et s.

[1343] L'article 25 al. 3, a) du Statut de Rome désigne comme pénalement responsable la personne qui « *commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable* »

[1344] L'article 25 al. 3, b) du Statut de Rome désigne comme pénalement responsable la personne qui « *ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime* ».

[1345] L'article 25 al. 3, c) du Statut de Rome désigne comme pénalement responsable la personne qui « *en vue de faciliter la commission d'un tel crime,* [elle] *apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission* ».

[1346] L'article 25 al. 3, d) du Statut de Rome désigne comme pénalement responsable la personne qui « *contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert* » (conditions intentionnelles omises).

[1347] La jurisprudence de la CPI traite tous les modes de participation accessoire prévus par le Statut de Rome comme des formes de complicité, ainsi qu'en témoigne cet extrait du jugement *Lubanga* : « *Le Statut fait le départ entre la responsabilité des personnes qui commettent un crime (alinéa a) de l'article 25-3) et la responsabilité de celles qui en sont complices (alinéas b) à d) de l'article 25-3)* » : CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°999.

[1348] La jurisprudence des TPI a réservé dans l'ensemble la qualification de complicité à la participation par aide ou assistance, v. not. : TPIY, jugement *Boškoski et Tarčulovski*, préc., n°401 : «*"L'aide et l'encouragement" est une forme de complicité* ». En ce sens également : TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°229 ; TPIY, jugement *Kunarac et consorts*, préc., n°391 ; TPIY, jugement *Furundžija*, préc., n°190 et s. Pour le TPIR, v. not. le jugement *Akayesu*, préc., n°475 ; TPIR, jugement *Bagilishema*, préc., n°32 et s. Mais certaines décisions ont appliqué, par ailleurs, ce libellé à d'autres modes de participation, notamment l'instigation : TPIR, jugement *Mpambara*, préc., n°18 ; TPIR, jugement *Ndindabahizi*, préc., n°456-457. D'autres, plus encore, l'étendent à tous les modes de participation accessoires prévus : TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°377.

ce sens que l'agent ne commet pas matériellement ses éléments constitutifs mais se contente de contribuer à leur réalisation, comme il en va en matière de complicité. Or, c'est précisément ce caractère accessoire des modes de participation considérés qui cristallise l'inadaptation des normes d'imputation considérées à la répression des actes d'organisation de l'entreprise criminelle. L'inadaptation est doublement technique (a) et symbolique (b).

a- L'inadaptation technique de la complicité

556. Le nécessaire rattachement du fait de complicité à un crime sous-jacent. – Le caractère accessoire de la complicité exprime l'absence d'autonomie de cette forme de participation criminelle : celle-ci doit en effet venir se greffer sur la commission d'une infraction dite principale pour être punissable[1349]. Vu la structure des crimes internationaux, cette infraction principale s'entend d'un crime sous-jacent, et non de l'entreprise criminelle d'ensemble, prise dans sa globalité. Concrètement, il doit donc être établi un lien entre le fait de participation décrit par la norme d'imputation et l'un des crimes sous-jacents incriminés pour que la complicité puisse être qualifiée. La jurisprudence a réservé d'abondants développements à la définition de cette relation. Il en ressort une double exigence : le lien doit être non seulement substantiel (i) mais également direct (ii). Or, si le premier critère est plutôt souple, le second est, en revanche, restrictif et entrave sérieusement la possibilité de poursuivre les décideurs sur le fondement de la complicité.

i. L'exigence d'un lien substantiel entre le fait de complicité et le crime principal

557. Une condition constante. – La jurisprudence des TPI a toujours exigé de l'accusation qu'elle établisse l'existence d'un *rapport substantiel* entre la participation et le crime principal aux fins de la caractérisation de la complicité. Cette exigence, très tôt affirmée tant pour la complicité par instigation[1350] que pour la complicité par aide ou assistance, n'a

[1349] Sur ce point, v. X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°307 et s. ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n°383 (éd. 2015) ou encore E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°1110. Il faut préciser qu'il est nécessaire, par ailleurs, que le comportement corresponde au fait de complicité décrit par le texte. Il doit d'agir, par exemple, d'un fait d'aide, d'assistance, d'encouragement *etc*. Mais dans la mesure où la condition de causalité tient à elle seule en échec l'application de la complicité aux actes d'organisation de l'entreprise, il n'apparait pas nécessaire d'examiner davantage cette condition objective. En tout état de cause, on peut noter que cette dernière condition ne suscite dans tous les cas aucune difficulté s'agissant de l'application de la complicité aux forfaits des dirigeants car les faits répréhensibles sont très largement définis, si bien qu'ils peuvent en réalité revêtir n'importe quelle forme extérieure. Pour une définition des différents faits de complicité punissables, v. O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, *op. cit*., p. 390-398.

[1350] On se réfère, par là, au mode de participation consistant à ordonner, solliciter ou encourager la commission ou la tentative de commission d'un crime, tel que prévu à l'article 25 al. 3, b) du Statut de Rome, ces différentes actions « *relevant en substance d'une catégorie plus large, l'"instigation" ou l'"incitation d'une autre personne à commettre un crime"* » ainsi que l'a souligné la jurisprudence de la CPI dans la décision de confirmation des charges portées à l'encontre de *Laurent Gbagbo*, préc., n°243.

jamais été remise en question[1351]. Cette condition a, par ailleurs, été étendue au mode de complicité résiduel prévu par le Statut de Rome, soit à la contribution à la commission d'un crime par un groupe agissant de concert. La terminologie employée est, il est vrai, quelque peu différente. Plutôt que de recourir au qualificatif « substantiel », jusqu'alors admis pour désigner ce premier élément de causalité, les juges de la CPI ont préféré relever la nécessité de caractériser une contribution « *significative* »[1352] au crime. Cette modification est, toutefois, de pure forme. En témoignent les renvois à la jurisprudence des TPI pour définir cette condition[1353].

558. Teneur de la condition. – La compréhension de cette condition n'est pas toujours facile. D'abord la jurisprudence n'en a pas véritablement livré de définition et ensuite, elle n'a eu de cesse de varier les éléments de langage employés pour en préciser la teneur. Une contribution « *déterminante* »[1354] ayant produit un effet « *important* »[1355] ou « *décisif* »[1356] sur la commission du crime principal : tel est, à lire la jurisprudence, le contenu positif d'une participation *substantielle*. Mais ces déclarations sont trompeuses. Elles prêtent à considérer que ce caractère engage l'intensité causale de la participation, en impliquant qu'elle doit avoir joué un rôle central dans la réalisation de l'infraction principale. Tel n'est pourtant pas le contenu que la jurisprudence entend affecter à cet élément dès lors qu'elle affirme, par ailleurs, « *qu'il n'est pas nécessaire de prouver que le crime n'aurait pas été commis sans l'intervention de l'accusé* »[1357]. Les juges de la CPI ont retenu la même analyse lorsqu'ils ont procédé à l'interprétation du mode de complicité novateur institué par le Statut de Rome. Ils ont, en effet, relevé que « *la commission du crime ne doit pas nécessairement dépendre de cette contribution, ni même être conditionnée par celle-ci* »[1358]. Ces déclarations montrent clairement que l'approche prétorienne de la causalité n'est pas *qualitative*. Elles indiquent, en effet, que la valeur de la participation dans la survenance de l'infraction principale n'est pas à prendre en compte. Autrement dit, peu importe qu'elle ait été un paramètre déterminant de sa commission.

[1351] La jurisprudence des TPI généralise la condition tenant au caractère substantiel de la participation à toutes les formes de concours punissables, qu'il s'agisse de la planification, de l'incitation, de l'ordre, de l'aide ou de l'encouragement. V. TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°692 ; TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°385 ; TPIY, jugement *Delalić et consorts*, préc., n°326. Pour le TPIR, v. TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°477 ; TPIR, jugement *Bagilishema*, préc., n°30 ; TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°379.
[1352] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1632.
[1353] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1633.
[1354] TPIY, arrêt *Kordić et Čerkez*, préc., n°27.
[1355] V. par ex. : TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°688 ; TPIY, jugement *Furundžija*, préc., n°234 ; TPIY, arrêt *Aleksovski*, préc., n°162 ; TPIY, arrêt *Blaskić*, préc., n°48 ; TPIR, jugement *Bagilishema*, préc., n°33 ; TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°379. La CPI a repris ce qualificatif pour définir le caractère susbtantiel de la complicité par aide et l'assistance : v. CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°997.
[1356] V. par ex. : TPIY, jugement *Blaskić*, préc., n°384 ; TPIY, jugement *Delalić et consorts*., préc., n°842.
[1357] TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°387 : « *Bien qu'il faille démontrer le lien de causalité entre l'incitation et la perpétration matérielle du crime (autrement dit la contribution de l'accusé a bien eu un effet sur l'accomplissement de l'acte criminel), il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve que le crime n'aurait pas été perpétré sans l'intervention de l'accusé* ». V. également : TPIY, arrêt *Kordić et Čerkez*, préc., n°27 ; TPIR, arrêt *Nahimana et consorts*, préc., n°480 ; TPIR, arrêt *Gacumbitsi*, préc., n°129 ; TPIR, jugement *Seromba*, préc., n°304 ; TPIR, jugement *Nchamihigo*, préc., n°369.
[1358] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1633.

En réalité, la jurisprudence se satisfait d'une relation d'influence[1359] : il suffit de vérifier que l'acte a eu une incidence sur la réalisation du crime ou ses modalités de commission[1360], aussi minime soit-elle. Contrairement à ce que peut laisser penser la dénomination du critère posé, le standard causal adopté est finalement souple. Il enjoint simplement d'établir l'existence d'une relation certaine entre le fait de complicité et la réalisation de l'infraction. Derrière le caractère substantiel de la participation mis en lumière, se dessine donc une condition élémentaire de la complicité : l'acte en cause doit seulement, mais nécessairement, être rattaché à la commission ou à la tentative de commission d'un fait principal punissable. Ainsi, l'accent mis par la jurisprudence sur cette exigence de lien substantiel semble exclusivement voué à signifier qu'il faille, pour être déclaré complice, avoir *favorisé la réalisation d'une infraction précise.*

559. L'absence d'obstacle à qualifier de participation substantielle un acte d'organisation de l'entreprise d'ensemble. – Des considérations qui précèdent, il ressort que le caractère substantiel de la participation requis n'exclut pas la possibilité d'engager la responsabilité des organisateurs de l'entreprise criminelle du chef de complicité. Seulement, l'accusation ne pourra pas se contenter de démontrer l'existence d'une participation *diffuse* des accusés au système criminel *global*. Il faut, pour que des poursuites puissent être engagées sur ce fondement, que le fait du dirigeant se rapporte à la commission d'un crime sous-jacent. En pratique, cette condition ne devrait pas être bien difficile à établir vu la souplesse du standard causal posé. Dans la mesure où tout acte qui organise l'entreprise d'ensemble contribue à créer la situation ayant permis la survenance de l'infraction, celui-ci peut être considéré comme ayant exercé une influence sur la commission du crime et donc être qualifié de participation substantielle.

560. Transition. – Reste que cette relation substantielle ne satisfait pas, à elle seule, la condition de causalité telle que conçue par la jurisprudence, celle-ci ayant pu énoncer que la

[1359] Le jugement *Tadić* du TPIY fait expressément mention d'une telle relation d'influence pour définir l'interaction devant exister entre l'infraction principale et le fait de participation. Ce jugement constitue la décision de référence en la matière : toute la jurisprudence postérieure y renvoie pour définir les conditions des modes de participation accessoire. Citer toutes les décisions reprenant ce critère d'influence serait impossible – et vain. On se contentera donc d'en évoquer quelques-unes. Pour l'instigation, v. TPIY, jugement *Kvočka et consorts*, préc., n°252 ; pour la complicité par aide ou assistance, v. TPIY, jugement *Furundžija*, préc., n°226. La CPI a entériné ce critère d'influence pour définir la contribution à la commission d'un crime par un groupe agissant de concert : CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1632 et n°1633.

[1360] S'agissant de l'influence sur les modalités de commission de l'infraction, v., à titre d'illustration : TPIR, arrêt *Nahimana et consorts*, préc., n°514-515. Les faits de l'affaire *Nahimana et consorts* concernaient la diffusion d'émissions radiophoniques incitant à la perpétration du génocide. Certaines d'entre elles diffusaient la dénonciation nominative d'individus d'origine tutsie, lesquels furent tués par la suite. La Chambre d'appel a confirmé la solution rendue par la Chambre de première instance, selon laquelle ces émissions avaient influencé de façon substantielle le meurtre de ces individus, compte tenu du lien existant entre les victimes désignées et les victimes atteintes. Vu le raisonnement des juges, il n'est donc pas nécessaire de vérifier que les propos en cause aient eu une incidence sur le passage à l'acte criminel, en tant que tels. Il suffit qu'ils aient influé sur les modalités de commission du génocide ; en l'occurrence, l'identité des victimes tuées.

participation doit avoir, de surcroît, *directement* influé sur la commission de l'infraction principale.

ii. L'exigence d'un lien direct entre le fait de complicité et le crime principal

561. Une exigence fluctuante. – La complicité est subordonnée à une exigence de causalité directe qui, par son caractère restrictif, tient en échec la répression des actes d'organisation. Il est à souligner, toutefois, que cette condition n'est pas générale. Elle ne concerne que les modes de complicité classiques (α), par opposition au mode de complicité novateur prévu par le Statut de Rome, à savoir la contribution à la commission d'un crime par un groupe agissant de concert (β).

α- Une exigence affirmée pour les modes de complicité classiques

562. Complicité par instigation et complicité par facilitation. – L'exigence de causalité directe a été dégagée par la jurisprudence des TPI, puis ratifiée par celle de la CPI, tant pour la complicité par instigation (α.1) que pour la complicité par aide ou assistance (β.1).

α.1. La complicité par instigation

563. La soumission de la complicité par instigation à une condition de causalité directe. – Pour ce qui concerne l'instigation, plusieurs décisions rendues par les TPI ont exprimé la nécessité d'établir un lien de causalité direct entre l'acte incitatif et la perpétration du crime[1361]. Certes, la jurisprudence des TPI peut paraître sur ce point inconstante, dans la mesure où certaines décisions passent complètement sous silence cette exigence ; mais la jurisprudence de la CPI, quant à elle, n'a pas manqué de viser cet « *effet direct* » de la participation sur la commission du crime au titre des conditions nécessaires à la qualification de l'ordre[1362], de l'encouragement[1363] voire de la sollicitation[1364], ce qui indique qu'il s'agit bien d'un critère essentiel.

[1361] V. not. : TPIR, jugement *Mpambara*, préc., n°18 ; TPIR, jugement *Ndindabahizi*, préc., n°456 ; TPIY, jugement jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°387.

[1362] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Bosco Ntaganda,* préc., n°145 : « *l'ordre a eu un effet direct sur la commission ou la tentative de commission du crime* ». En ce sens également : CPI, décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de *Sylvestre Mudacumura*, préc., n°63 ; CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Laurent Gbagbo*, préc., n°244.

[1363] CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Bosco Ntaganda*, préc., n°153 : « *l'encouragement prodigué a eu un effet direct sur la commission ou la tentative de commission du crim*e ».

[1364] Même si la jurisprudence ne l'a pas expressément affirmé, la sollicitation devrait également être soumise à cette exigence de causalité directe étant donné que les juges de la CPI retiennent que cette dernière forme d'incitation renvoie à la même situation de fait que l'encouragement et qu'elle répond, par conséquent, aux même conditions juridiques : v. CPI, *Situation en république de Côte d'Ivoire, Affaire le Procureur c. Charles Blé Goudé*, Décision relative à la confirmation des charges portées contre Charles Blé Goudé (ICC-02/11-02/11-186-tFra), ch.

564. Le contenu de la condition. – La question est alors de savoir ce qu'il faut entendre par effet direct. La jurisprudence de la CPI n'est pas d'un grand secours, les juges ayant consacré ce critère sans le définir. Étant donné que le terme direct signifie communément « *sans intermédiaire, immédiat* »[1365], dire que l'instigation doit présenter un tel effet sur le crime revient *a priori* à requérir qu'elle a influé sur sa commission par elle-même, sans l'interposition d'un élément extérieur. Il peut alors sembler qu'il faille que le message incitatif soit délivré par l'instigateur au commettant en personne, sans l'entremise d'un agent intermédiaire. Certaines déclarations prétoriennes montrent cependant que cette approche personnelle de l'effet direct est à écarter. Il est en effet affirmé, s'agissant du cas particulier de l'ordre, « *qu'il n'est pas nécessaire que l'ordre soit donné directement par le supérieur hiérarchique à la ou les personne(s) ayant commis l'élément matériel du crime* »[1366]. Il en ressort que l'ordre de réaliser l'infraction peut très bien être relayé à l'exécutant par des personnes tierces. Peu importe, ainsi, que ce dernier soit le destinataire *immédiat* de l'incitation. L'effet direct de l'instigation semble, dès lors, plutôt devoir être conçu d'un point de vue objectif, comme impliquant que la déclaration effectuée doive, par elle-même, porter à la commission d'un crime, sans qu'il ne soit nécessaire qu'elle fasse l'objet d'un traitement intermédiaire pour être comprise en ce sens. Cette exigence rejoindrait, en définitive, la condition applicable à la qualification du crime d'incitation publique et directe au génocide, à savoir que le fait d'instigation doit avoir pour objet la perpétration d'une infraction *précise*[1367]. Aussi, promouvoir le passage à l'acte criminel de manière générale ne devrait donc pas suffire aux fins de l'engagement de la responsabilité en tant que complice.

565. L'inadéquation de la condition à la répression des comportements d'organisation de l'entreprise d'ensemble. – Interprété de la sorte, l'effet direct de l'instigation s'érige en obstacle à l'application de ce mode de participation au comportement des dirigeants. Ce critère, en effet, s'accorde mal avec la dynamique à l'œuvre au sein de telles entreprises criminelles. Comme le souligne un auteur, « *les artisans du dessein criminel d'ensemble donnent rarement des directives claires, rigides et précises sur les modalités de réalisation du but criminel fixé* »[1368]. Ils se contentent plutôt d'établir les grandes lignes du projet criminel d'ensemble, mais ne fixent pas un programme d'action concret. C'est au fil d'étapes

---

prélim. I, 11 déc. 2014, n°159 (ci-après : décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Charles Blé Goudé* ») ; CPI, *Situation en République centrafricaine, Affaire le Procureur c. J.-P. Bemba Gombo, A. Kilolo Musamba, J.-J. Mangenda Kabongo, F. Babala Wandu et N. Arido*, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome (ICC-01/05-01/13-749-tFRA), ch. prélim. II, 11 nov. 2014, n°34 (ci-après : « Décision sur la confirmation des charges d'atteinte à l'administration de la justice portées à l'encontre de *Bemba Gombo et consorts* ».

[1365] Dictionnaire en ligne du Centre national de ressources textuelles et lexicales.

[1366] TPIY, jugement *Blaskić*, préc., n°382. Reconduit par : TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°388 et TPIY, jugement *Đorđević*, préc., n°1871. Pour la CPI, v. la décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de *Sylvestre Mudacumura*, préc., n°63

[1367] Sur cette infraction autonome, et l'exigence de caractère direct de l'incitation, v. *supra*, n°553.

[1368] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°380.

préparatoires successives, menées par différents individus à différents échelons, que le projet global ourdi gagne en précision et devient un plan d'action prêt à être accompli par les exécutants. Cette dynamique empêche de considérer que l'action des dirigeants est à l'initiative *directe* de l'action des exécutants, puisque différentes actions intermédiaires vont successivement venir s'intercaler pour préciser les directives générales promues par les dirigeants. En posant l'exigence d'un lien causal direct, la jurisprudence réduit ainsi le champ de la complicité par instigation aux provocations intervenant en bout de chaîne criminelle, au moment où l'entreprise est déjà entrée en phase d'exécution. Ainsi, ce mode de participation apparaît essentiellement voué à s'appliquer aux provocateurs de bas échelon, tels les supérieurs immédiats des exécutants qui supervisent le déroulement des opérations. Les hauts responsables de l'entreprise criminelle qui, le plus souvent, se bornent à énoncer une politique criminelle d'ensemble et non à requérir d'individus identifiés qu'ils se livrent à la perpétration d'infractions déterminées, devraient en revanche échapper aux poursuites de ce chef d'accusation.

Cette restriction induite par l'exigence de causalité directe se vérifie également en matière de complicité par aide ou assistance.

β.1. La complicité par aide ou assistance

566. La soumission de la complicité par aide ou assistance à une condition de causalité directe. – La complicité par aide ou assistance a été subordonnée à la même exigence de lien causal direct par la jurisprudence des TPI. Cette condition a été relevée dans l'une des premières décisions rendues par le TPIY – le jugement *Tadić* – en des termes on ne peut plus explicites : l'aide ou l'assistance, a affirmé la Chambre, doit *directement* influer sur la perpétration de l'acte illégal pour relever de la complicité punissable[1369]. Par la suite, la jurisprudence a formulé cette condition en des termes différents et, surtout, moins significatifs au premier abord, en énonçant qu'« *il faut prouver que l'accusé a commis des actes qui visaient spécifiquement à fournir une assistance, un encouragement ou un soutien moral en vue de la perpétration d'un crime précis* »[1370]. En dépit de l'emploi du verbe « viser », qui évoque

[1369] TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°692. La Chambre s'est appuyée sur le Projet de Code des Crimes contre la paix et la sécurité internationales de 1996 élaboré par la Commission du Droit international, dont l'article 2 al. d) du Code disposait que celui qui « *en connaissance de cause, fournit une aide ou une assistance à la commission d'un tel crime ou la facilite de toute autre manière, directement et de façon substantielle, y compris en procurant les moyens de le commettre* » engage sa responsabilité pénale internationale. Pour la jurisprudence du TPIR, v. jugement *Rutaganda*, préc., n°43.

[1370] Pour la jurisprudence du TPIY, v. TPIY, arrêt *Vasiljević*, préc., n°102 ; TPIY, arrêt *Blaskić*, préc., n°45 ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Blagojević et Jokić*, arrêt d'appel (IT-02-60-A), ch. d'appel, 9 mai 2007, n°127 (ci-après : « *Le Procureur c. Blagojević et Jokić* »). TPIY, *Affaire le Procureur c. Kupreškić et consorts*, arrêt d'appel (IT-95-16-A), ch. d'appel, 23 oct. 2001, n°254 ; TPIY, arrêt *Kvočka et consorts*, préc., n°89 ; TPIY, arrêt *Krnojelac*, préc., n°33 ; TPIY, arrêt *Aleksovski*, préc., n°163 ; TPIY, arrêt *Simić*, préc., n°85.
Pour la jurisprudence du TPIR, v. TPIR, arrêt *Seromba*, préc., n°44 ; TPIR, arrêt *Muvunyi*, préc., n°79 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Kalimanzira*, arrêt d'appel (ICTR-05-88-A), ch. d'appel, 20 oct. 2010, n°74 (ci-après : « arrêt *Kalimanzira* ») ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Karera*, arrêt d'appel (ICTR-0l-74-A), ch. d'appel,

davantage une intention coupable qu'une réalité objective, cette déclaration a bien pour objet de définir l'élément matériel de la complicité par aide ou assistance[1371]. La référence à la tension *spécifique* de la participation vers la commission d'un crime *précis* marque explicitement la nécessité d'établir que l'aide ou l'assistance fournie doit se rapporter à la commission même du crime principal, ce qui revient à requérir que le fait de complicité ait *directement* contribué à la réalisation de l'infraction. L'arrêt *Perišić* étaye cette analyse puisqu'il fait découler de cette jurisprudence constante qu'il est impératif, « *pour prononcer une déclaration de culpabilité au titre de l'aide et l'encouragement, de disposer d'éléments de preuve établissant l'existence d'un lien direct entre l'aide apportée par un accusé et les crimes commis par les auteurs principaux* »[1372]. Pour l'heure, la jurisprudence de la CPI ne s'est pas encore livrée à une analyse approfondie de la condition de causalité dans la complicité par aide ou assistance, si bien qu'il n'est pas possible de savoir si elle entend entériner cette condition de causalité directe. Mais, dans la mesure où celle-ci se retranche généralement derrière les conclusions des TPI, il y a lieu de croire qu'elle reconduira cette exigence.

567. L'inadéquation de la condition. – En tout état de cause, en requérant que l'aide ou l'assistance ait directement facilité la réalisation du crime principal, la jurisprudence impose la démonstration d'un lien causal particulièrement étroit entre la participation et la commission de l'infraction. Sans cette condition, tout acte d'organisation de l'entreprise d'ensemble aurait pu relever d'un fait de complicité punissable : la mise en place du système criminel, incontestablement, favorise la survenance des crimes puisqu'elle établit les circonstances propices à leur réalisation. Or, en posant le principe d'une causalité directe, la jurisprudence écarte cette possibilité d'appréhender de tels comportements d'organisation. En effet, l'accusation va devoir démontrer que l'agent a facilité la commission d'une infraction *déterminée*, et non qu'il a seulement favorisé, de manière générale, le développement d'une activité criminelle qui aurait débouché dans la perpétration de crimes. De fait, le domaine de la complicité par aide ou assistance se trouve réduit à la phase opérationnelle de l'entreprise d'ensemble, c'est-à-dire au stade de la mise à exécution matérielle de la politique criminelle. Tout au plus, devraient pouvoir être poursuivis les chefs supervisant le commandement des attaques criminelles, qui organisent les modalités concrètes de leur réalisation. L'intervention des dirigeants et autres décideurs haut gradés se limitant, la plupart du temps, au domaine politique, l'engagement de leur responsabilité du chef de complicité par aide ou assistance

2 fév. 2009, n°321 (ci-après : « arrêt *Karera* ») ; TPIR, arrêt *Nahimana et consorts*, préc., n°482 ; TPIR, arrêt *Ntagurera et consorts*, préc., n°370 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Ndindabahizi*, arrêt d'appel (ICTR-2001-71-A), ch. d'appel, 16 jan. 2007, n°117.

[1371] Toutes les décisions citées dans la note de bas de page précédente intègrent, en effet, cette condition à l'élément matériel de la complicité par aide ou assistance.

[1372] TPIY, *Affaire le Procureur c. Perišić*, arrêt d'appel (IT-04-81-A), ch. d'appel, 28 fév. 2013, n°44 (ci-après : « arrêt *Perišić* »).

devrait vraisemblablement achopper sur la condition de lien causal direct posé par la jurisprudence.

568. Illustration par l'affaire *Perišić*. – L'affaire *Perišić* jugée par le TPIY fournit une illustration. Durant le conflit survenu en ex-Yougoslavie, Momčilo Perišić occupait la fonction de chef de l'état-major général de l'armée yougoslave (VJ) ; il en était donc, alors, le plus haut responsable. Plusieurs troupes de l'armée qu'il dirigeait avaient été envoyées en renfort auprès de l'armée de la République Serbe de Bosnie-Herzégovine (VRS). La question était de savoir si l'assistance que constituait le détachement des troupes de la VJ auprès de la VRS permettait de tenir responsable l'accusé, en tant que complice, des massacres commis par la VRS à Sarajevo et Srebrenica. La chambre de première instance a répondu positivement à cette interrogation, en se bornant à constater que « *l'aide et l'encouragement pouvai[ent] être établi[s] par l'accord donné par un supérieur hiérarchique à l'utilisation des moyens, y compris humains, placés sous son contrôle, pour faciliter le crime* »[1373]. La chambre d'appel, après avoir rappelé que seules les participations ayant directement influencé la commission du crime principal constituaient un concours punissable, censura cette solution. Selon elle, l'assistance militaire fournie par la VJ visait à soutenir la politique martiale de la VRS *en général*, et non *précisément* à faciliter les crimes commis par la VRS[1374]. Aussi, elle infirma les déclarations de culpabilité prononcées pour aide et encouragement au crime, au motif que l'élément matériel de ce mode de complicité n'avait pas été suffisamment caractérisé. Cet arrêt illustre parfaitement l'obstacle à la poursuite des dirigeants que peut représenter l'exigence de causalité directe. Aussi essentiels soient-ils dans la réalisation du processus criminel, les actes organisant l'entreprise d'ensemble ne portent pas spécifiquement à la commission d'un crime déterminé. Au contraire, ils consistent plutôt en des contributions diffuses à l'action collective qui, étant trop éloignées de la perpétration des atrocités, ne satisfont pas le standard causal posé par la jurisprudence. Ainsi, comme la complicité par instigation, la complicité par aide ou assistance paraît difficilement applicable aux comportements d'organisation de l'entreprise d'ensemble à raison de l'exigence de causalité directe.

569. Transition. – Cette condition restrictive n'a toutefois pas été transposée à la nouvelle forme de complicité consacrée par le Statut de Rome. La relation causale y est définie bien plus souplement, ce qui laisse entrevoir la possibilité de poursuivre les actes des décideurs sur ce fondement.

[1373] TPIY, *Affaire le Procureur c. Perišić*, jugement (IT-04-81-T), ch. prem. inst. I, 6 sept. 2011, n°128 (ci-après : « jugement *Perišić* »).
[1374] TPIY, arrêt *Perišić*, préc., n°41-74.

β- Une exigence rejetée pour le mode de complicité novateur prévu par le Statut de Rome

570. L'absence d'exigence textuelle de lien causal direct. – La définition que livre le Statut de Rome du dernier mode de participation accessoire que constitue « *la contribution à la commission ou à la tentative de commission d'un crime par un groupe de personnes agissant de concert* »[1375] laisse déjà entrevoir que l'exigence de causalité directe ne lui est pas applicable. Ce n'est non pas la définition de son élément matériel qui procure un tel indice – elle ne fait tout bonnement aucune allusion à la causalité requise –, mais bien celle de son élément moral. Le texte énonce, à cet égard, que la contribution doit « *viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour* »[1376]. En ce qu'elle n'est jamais autre chose que le miroir de la matérialité de l'infraction, cette intention coupable renseigne sur l'objet de la contribution punissable. Précisément, sa définition suggère qu'il suffit que l'agent facilite *l'activité criminelle* du groupe, prise dans sa globalité, pour peu qu'elle débouche effectivement sur la réalisation d'infractions. Le cas échéant, il ne serait donc pas nécessaire de vérifier que la contribution de l'agent portait spécifiquement à favoriser la commission d'un crime déterminé.

571. L'absence d'exigence jurisprudentielle de lien causal direct. – La jurisprudence de la CPI corrobore cette interprétation textuelle. Si les premières décisions rendues au sujet de ce mode de participation inédit ne se sont pas explicitement prononcées sur l'intensité de la causalité requise, elles laissent néanmoins entrevoir que le lien devant exister entre la contribution et le crime n'a pas à être aussi étroit qu'en matière de complicité classique. Les Chambres ont en effet exposé que ce mode de participation s'analyse en « *une forme de complicité résiduelle de responsabilité du complice* » ayant vocation à s'appliquer « *lorsque les conditions [des autres modes de complicité] ne sont pas remplies* »[1377], de telle sorte que les exigences applicables étaient forcément plus souples. Selon elles, la contribution au crime peut donc être « *moins que substantielle* »[1378], en étant simplement « *importante* »[1379] ou « *significative* »[1380]. Le jugement *Katanga* est par la suite venu préciser le degré de causalité correspondant aux standards identifiés. Il y est formellement déclaré que « *la contribution au crime pourra se réaliser tant par l'intermédiaire de ses auteurs matériels eux-mêmes que par l'intermédiaire des autres membres du groupe agissant de concert. En d'autres termes, il n'est*

[1375] Art. 25 al. 3, d) du Statut de Rome
[1376] Art. 25 al. 3, d, iii) du Statut de Rome.
[1377] CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *W. S. Ruto, H. K. Kogsey et J. A. Sang*, préc., n°354. V. aussi : CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Callixte Mbarushimana*, préc., n°279.
[1378] CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *W. S. Ruto, H. K. Kogsey et J. A. Sang*, préc., n°354.
[1379] CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Callixte Mbarushimana*, préc., n°283.
[1380] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1632.

pas nécessaire d'établir un lien direct entre le comportement du complice et celui de l'auteur matériel »[1381]. Et la Cour de poursuivre : « *la proximité avec le crime n'est pas un critère pertinent. En effet, les enquêtes diligentées et les poursuites exercées en droit pénal international attachent le plus grand intérêt aux personnes qui, tout en étant physiquement, structurellement ou causalement éloignées des auteurs matériels des crimes, les ont commis indirectement ou en ont facilité la commission depuis la position, même lointaine, qu'ils occupent* »[1382]. Ainsi l'exigence de causalité directe est-elle doublement écartée : sur le plan personnel d'abord, la contribution pouvant être apportée à travers l'action d'un agent *intermédiaire* ; sur le plan matériel ensuite, la contribution pouvant être *causalement éloignée* de l'exécution du crime. Concrètement, il s'ensuit que la commission du crime ne doit « *pas nécessairement dépendre de cette contribution ni même être conditionnée par celle-ci* »[1383]. Il suffit de démontrer que la contribution a « *influé sur la survenance du crime ou sur la manière dont il a été commis* »[1384].

572. L'ouverture du champ des participations punissables : l'exemple de l'affaire *Katanga*. – Ces critères peu exigeants confèrent un champ d'application très large à ce mode de participation résiduel. Les conclusions factuelles des juges de l'affaire *Katanga* en rendent pleinement compte. Sur le plan objectif, la contribution de l'accusé à la commission d'un crime par un groupe agissant de concert – en l'espèce, celui commis à Bogoro – a été établie sur le fondement de diverses activités à caractère général déployées par l'accusé dans le cadre de la préparation de l'attaque. Il a été pris en compte, d'une part, le fait qu'il avait aidé la milice à nouer des alliances avec les autorités militaires locales et, d'autre part, le fait qu'il avait favorisé l'approvisionnement en armes de la milice, en jouant le rôle d'intermédiaire entre les fournisseurs d'armes et les commandants de ladite milice. En aucun cas la Cour n'a cherché à démontrer que le comportement de l'accusé avait facilité la perpétration de crimes particuliers. Elle se borna à constater que son intervention avait permis à la milice de fonctionner de manière organisée et efficace et, par conséquent, de mener à terme leur dessein d'éliminer la population civile hema de Bogoro[1385]. Et la Cour d'en conclure que la participation de l'accusé avait effectivement constitué un « *apport véritablement significatif à la réalisation des crimes* »[1386]. Cette affaire montre comment l'abandon du critère tenant au lien causal direct ouvre la répression pénale à toute action amorçant le cheminement du crime. Concrètement, tout évènement ayant permis la réalisation de l'infraction principale devrait ainsi pouvoir être poursuivi sur le fondement de ce mode de participation, ce qui inclut les actes d'organisation

[1381] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1635.
[1382] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1636.
[1383] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1633.
[1384] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1633.
[1385] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1670-1681 (spécif. n°1679-1680).
[1386] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1679.

de l'entreprise d'ensemble, puisqu'ils instaurent incontestablement le cadre de commission des crimes.

Mais si cette mise en œuvre de la complicité aux fins de l'engagement de la responsabilité des décideurs est envisageable sur le plan technique, elle reste toutefois inadéquate pour des raisons d'ordre symbolique.

b- L'inadaptation symbolique de la complicité

573. La hiérarchisation criminologique des modes de responsabilité pénale. – Au caractère accessoire de la participation saisie par la notion de complicité est généralement associé un degré de responsabilité moindre dans la survenance de l'infraction ; en tout cas pour ce qui concerne la complicité par aide ou assistance[1387]. Le complice, en effet, ne commet pas le crime à proprement parler ; il se contente de favoriser sa réalisation. En cela, il est tenu pour être un responsable *secondaire* de l'infraction, par opposition à l'individu qui, se livrant à sa perpétration matérielle, est considéré comme en étant le responsable *principal*.

574. La hiérarchisation des modes de responsabilité pénale internationale par la jurisprudence. – Les normes d'imputation prévues par les Statuts des juridictions pénales internationales ne transcrivent pas cette distinction criminologique opposant les auteurs principaux et secondaires. Pas plus qu'elles ne catégorisent techniquement les modes de participation visés, elles ne procèdent à leur hiérarchisation. Si l'on suit le texte, toute personne prenant part à la commission d'un crime suivant l'une des modalités listées est *pénalement responsable*, sans autre forme de distinction[1388]. Le mode d'imputation n'aurait donc aucune vertu expressive ; c'est la condamnation qui assumerait, en réalité, cette fonction de gradation des fautes, la gravité de la peine prononcée se voulant le reflet de la réprobation suscitée par l'agissement sanctionné. La jurisprudence, manifestement, conçoit les choses autrement. Elle se refuse à tenir les modes de participation visés pour équivalents et fait valoir l'existence d'une échelle de valeur en leur sein qui permettrait d'apprécier le degré de culpabilité du participant, celui-ci diminuant au fil des sous-dispositions[1389]. Précisément, elle considère que la qualification d'auteur principal, qui revient à celui qui *commet* le crime, « *traduit la culpabilité des personnes qui portent la responsabilité la plus lourde pour les crimes les plus graves ayant*

[1387] Il en va toutefois autrement pour la complicité par instigation. En véritable « cerveau » du crime, l'instigateur est considéré comme le participant le plus reprochable d'un point de vue moral, plus reprochable que le complice par aide ou assistance mais également que l'auteur matériel de l'infraction lui-même, puisque ce dernier est en quelque sorte guidé dans ses actes par l'instigateur.
[1388] Art. 25 al. 3 du Statut de Rome.
[1389] CPI, *Situation in the Democratic republic of Congo, The prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction (ICC-01/04-01/06-3121-Red), The appeals chamber, 1 dec. 2014, n°462 (Ci-après : « Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction »).
Pour une critique de cette hiérarchisation des modes de participation, v. l'opinion dissidente du juge Fulford jointe au jugement *Lubanga*, préc., n°8 et s.

une portée internationale »[1390]. La figure classique du complice, quant à elle, aurait vocation à désigner des participants à l'entreprise d'ensemble endossant une culpabilité de plus faible importance[1391] ; et plus minime encore serait le degré de culpabilité des agents contribuant à l'activité criminelle d'un groupe agissant de concert, la Cour voyant dans le dernier mode d'imputation consacré par le Statut de Rome une « *forme résiduelle de responsabilité du complice* »[1392].

575. L'insuffisance de la valeur expressive de la complicité pour traduire le degré de culpabilité des dirigeants. – Cette approche différenciée des formes de responsabilité pénale a pour effet de rendre les modes de participation accessoires proprement inadaptés à la répression des têtes pensantes des entreprises criminelles, dès lors que le degré de culpabilité associé par la jurisprudence à la notion de complicité ne correspond pas au degré de culpabilité que l'on reconnaît aux dirigeants. De l'avis général, ces derniers sont, en effet, les premiers responsables des crimes de masse[1393] et les qualifier de complices reviendrait à minimiser leur rôle[1394]. Pour illustrer cette difficulté, un auteur évoque le cas d'Hitler pour mieux souligner que nul ne songerait à le présenter comme un *complice* de la Shoah : « *the proposition is simply insupportable, since it would "get the moral valences entirely wrong – almost backwards, in fact*" »[1395].

576. La conséquence sur le plan pratique : la mise à l'écart de la complicité dans le cadre de la poursuite des dirigeants des entreprises criminelles d'ensemble. – En conséquence, quand bien même les modes d'imputation accessoires pourraient effectivement servir de fondement juridique à la mise en accusation des dirigeants, l'apposition du libellé « complicité » à leur participation envoie un signal symbolique tellement indésirable que la jurisprudence se refuse à les mettre en application. La consécration de la notion de coaction indirecte en est une manifestation[1396]. Les juges de la CPI ont ainsi préféré créer de toutes pièces un nouveau mode d'imputation, par une lecture extensive des dispositions statutaires, plutôt que de raisonner sur les formes de responsabilité accessoire existantes pour traduire en justice

---

[1390] CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°999.
[1391] CPI, judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, préc., n°462. V. également : TPIY, arrêt *Vasiljević*, préc., n°102.
[1392] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Thomas Lubanga Dyilo*, préc., n°337 ; CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Callixte Mbarushimana*, préc., n°278 et n°283.
[1393] La jurisprudence de la CPI admet sans ambages que les dirigeants sont les premiers responsables des crimes de masse. En témoigne notamment cet extrait : « *Toutefois, il a également été dit que le degré de responsabilité d'une personne augmente au fur et à mesure qu'elle occupe une place plus élevée dans la hiérarchie : plus la personne qui orchestre le crime occupe un rang élevé ou est éloignée de l'auteur du crime, plus sa responsabilité est grande.* » : CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°504.
[1394] TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°192.
[1395] J. G. STEWART, « The End of Modes of Liability for International Crimes », *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, n°1, 2002, p. 167.
[1396] Sur cette notion, v. *infra*, n°603.

certains dirigeants poursuivis devant la CPI. Dans le même ordre d'idées, il peut être constaté que chaque fois que plusieurs modes de participation peuvent être envisagés, les chambres privilégient systématiquement l'action ou la coaction[1397]. Ce n'est finalement que lorsqu'il ne reste aucune autre possibilité que de recourir à la complicité pour pouvoir condamner les accusés que la Cour se résigne à en faire application[1398].

577. Transition. – De ce qui précède, il ressort clairement que la complicité ne constitue pas un fondement adapté à la répression des actes d'organisation de l'entreprise d'ensemble. Or, l'autre mode de participation envisageable, à savoir la responsabilité du supérieur hiérarchique, n'apparaît pas plus satisfaisant.

2- L'inadaptation de la responsabilité du supérieur hiérarchique à la répression des comportements d'organisation de l'entreprise

578. Double insuffisance. - La responsabilité des supérieurs hiérarchiques est un mode de participation à l'infraction hérité de la jurisprudence du TMI de Tokyo[1399], qui a par la suite été codifié par les Statuts des juridictions pénales internationales postérieures[1400]. Cette technique d'imputation a pour domaine d'application les relations de subordination. Précisément, elle permet de rendre responsable pénalement un supérieur hiérarchique à raison de la commission d'une infraction pénale par l'un de ses subordonnés, pour s'être abstenu de prévenir ou de réprimer la réalisation de ladite infraction. Parce qu'il a pour sujet des personnes exerçant une certaine autorité, ce mode de participation peut, à première vue, sembler approprié

[1397] Dans l'affaire *Ntaganda*, par exemple, les charges avaient été confirmées à l'encontre de l'accusé sur deux fondements : la coaction indirecte et la contribution à la commission d'un crime par un groupe agissant de concert. Dans la décision de jugement, la Chambre de première instance s'est bornée à examiner le premier de ces modes de participation. Dans la mesure où elle considéra que ses conditions étaient réunies, elle ne fit absolument aucune allusion au second.

[1398] L'affaire *Katanga* jugée par la CPI fournit une illustration. Dans le document de notification des charges, l'accusation avait mis en cause la responsabilité pénale de Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui en tant que coauteurs et, à titre subsidiaire, en tant que complices pour avoir ordonné la commission de crimes de guerre et de crime contre l'humanité (v. CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°466-467). La Chambre préliminaire considéra que le premier mode de responsabilité pouvait être retenu et délaissa, en conséquence, l'examen de la complicité. Dans la décision de confirmation des charges, seule la coaction est invoquée (v. *ibid*., p. 222 et s. pour le dispositif de la décision). Mais la chambre de première instance considéra, quant à elle, que les conditions de ce mode de responsabilité principal n'était pas réunies (CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1417-1421). Alors même que le dispositif de la décision de confirmation des charges ne faisait aucune mention du mode de responsabilité prévu par l'article 25 al. 3, d) du Statut de Rome, la Chambre de première instance décida de requalifier les charges pour mieux retenir ce mode d'imputation afin de condamner Germain Katanga (*Ibid*., n°1422 et s.).

[1399] La responsabilité des supérieurs hiérarchiques n'était pas envisagée par les Statuts des TMI. Pour autant, devant le tribunal de Tokyo, plusieurs accusés furent poursuivis sur le fondement de ce mode d'imputation : « *Count 55 charges the same accused with having recklessly disregarded their legal duty by virtue of their offices to take adequate steps to secure the observance and prevent breaches of the laws and customs of war* ». *The Tokyo judgment*, préc., p. 11. Comme le montre l'intitulé de ce chef d'accusation, ce mode de participation fut limité dans son application à la responsabilité pour crime de guerre. Sept accusés furent condamnés sur ce fondement : Hata, Hirota, Kimura, Koiso, Maisui, Tojo et Shigemitsu.

[1400] Art. 7 al. 3 du Statut du TPIY ; Art. 6 al. 3 du Statut du TPIR ; Art. 28 du Statut de Rome.

à la poursuite des chefs de l'entreprise d'ensemble. Mais l'analyse des conditions de la responsabilité du supérieur hiérarchique dément cette préconception intuitive. Elle montre que ce mécanisme n'est pas adapté à la sanction des décideurs de l'entreprise criminelle et ce, pour deux séries de raisons qui rejoignent celles évoquées lors de l'étude de la complicité : les premières sont d'ordre technique (a), les secondes, d'ordre symbolique (b).

a- L'inadaptation technique de la responsabilité du supérieur hiérarchique

579. Les conditions restrictives de la responsabilité du supérieur hiérarchique. –La responsabilité du supérieur hiérarchique est soumise à différentes conditions objectives. Parmi elles, certaines rendent assez illusoire l'application de ce mode d'imputation au comportement des décideurs de l'entreprise d'ensemble[1401]. C'est le cas, d'une part, de la condition préalable tenant à l'existence d'une relation de subordination entre les participants (i). Le même constat se ressort, d'autre part, de la condition relative au manquement du supérieur hiérarchique, qui exige de vérifier que celui-ci n'a pas pris les mesures pour empêcher ou sanctionner la réalisation de l'infraction par son subordonné (ii).

i. La relation de subordination entre les participants

580. Le pouvoir hiérarchique assumé, fondement de la responsabilité pénale. – Le mode d'imputation que constitue la responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas voué à

[1401] Si la condition de causalité dans la responsabilité du supérieur hiérarchique est, de loin, la condition ayant suscité le plus de débats en jurisprudence et en doctrine, elle ne sera pas davantage étudiée ici, car elle ne suscite aucune difficulté quant à l'engagement de la responsabilité des dirigeants des entreprises criminelles d'ensemble. En l'état actuel du droit positif, il suffit en effet de prouver que l'inaction du subordonnant a *augmenté le risque de commission des crimes* à l'origine des charges pour que la responsabilité d'un chef puisse être engagée au sens de l'article 28 du Statut de Rome (v. CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *J.-P. Bemba Gombo*, préc., n°425 ; CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°213). Le critère posé réduit à peu de choses la condition de causalité puisqu'il suffit, en définitive, que l'inaction recèle une *probabilité* de passage à l'acte du subordonné, sans qu'il ne soit nécessaire de montrer qu'elle a effectivement rendu possible la commission du crime. Cette approche extensive du lien causal requis ouvre considérablement le champ de la responsabilité du supérieur hiérarchique. *A priori*, elle devrait autoriser son application à des comportements causalement éloignés de la survenance de l'infraction, ce qui profile la possibilité d'engager des poursuites à l'encontre des chefs de l'entreprise criminelle de ce chef d'accusation. Pour une critique de cette conception extensive, v. l'opinion individuelle de la juge Sylvia Steiner annexée au jugement *Bemba Gombo*, préc., n°24. A noter que certains auteurs y voient, quant à eux, un standard approprié. V. NERLICH « Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute : For What Exactly is the Superior Held Responsible ? », *JICJ*, vol. 5, n°3, 2017, p. 673. Pour des études critiques de la condition de causalité dans la RSH, nous renvoyons aux travaux et aux articles suivants : O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, *op. cit*., p. 416 ; M. DUFFOURC, *La participation à l'infraction internationale*, thèse, Bordeaux, 2013, n°269 et s. ; O. TRIFFTERER, « Causality, a separate element of the doctrine of superior responsibility as expressed in article 28 Rome Statute ? », *Leiden Journal of International Law*, 2002, vol. 15, pp. 179-205 ; D. ROBINSON, « How command responsibility get so complicated : a culpability contradiction, its obfuscation, and a simple solution », *Melbourne journal of international law*, vol. 13, n°1, 2012, pp. 699-711 ; C. MELONI, « Command Responsibility », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 619-637 ; M. DAMASKA, « The Shadow Side of Command Responsibility », *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, pp. 455-496 ; B. I. BONAFE, « Finding a Proper Role for Command Responsibility », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 599-618.

permettre la condamnation de n'importe quel individu placé en position de supériorité vis-à-vis de l'auteur matériel du crime. Seuls ceux qui sont pourvus de l'autorité et des moyens nécessaires pour empêcher la réalisation des crimes doivent assumer la responsabilité de leur commission. En effet, et de manière légitime, seuls ceux qui ont le *pouvoir d'agir* sont tenus, réciproquement, par un *devoir d'agir* ; c'est justement quand l'inaction du supérieur matérialise un tel manquement à cette obligation qu'elle est réputée fautive et, par conséquent, source de responsabilité pénale. La jurisprudence du TPIY a pris le soin d'exposer en des termes très clairs cette philosophie, afin d'éviter que des considérations d'opportunité répressive ne l'emportent sur le respect des principes fondamentaux du droit pénal, en l'occurrence le principe de responsabilité du fait personnel : « *c'est le pouvoir hiérarchique exercé sur l'auteur de l'infraction qui constitue le fondement juridique de l'obligation d'agir et, par voie de conséquence, de la responsabilité pour manquement à cette obligation* »[1402]. Ainsi la jurisprudence conçoit-elle le lien de subordination comme étant « *au cœur même du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique pour les crimes de ses subordonnés* »[1403] et veille, en conséquence, au strict respect de cette condition.

581. L'indifférence quant à la forme du pouvoir hiérarchique exercé. – L'importance que revêt la condition du lien de subordination est étayée par l'ampleur des développements que lui a réservé la jurisprudence. Un soin remarquable a été attaché à préciser les tenants et les aboutissants du pouvoir hiérarchique requis. Les décisions sont riches d'enseignements et elles laissent constater, en particulier, que cette condition n'est soumise à aucune exigence formelle.

D'abord, il n'est aucune exigence relative à la nature de l'autorité exercée. Si la responsabilité du supérieur hiérarchique fut initialement pensée pour des individus assumant une fonction de commandement au sein des forces militaires, la jurisprudence des TPI a très rapidement élargi son domaine à toute sphère d'activité hiérarchisée. « *Par-delà les chefs militaires* », a-t-elle affirmé, « *ce sont les hauts responsables politiques et autres supérieurs civils investis d'une autorité qui sont visés* »[1404]. Le Statut de Rome a entériné cette approche

---

[1402] TPIY, *Affaire le Procureur c. Halilović*, jugement (IT-01-48-T), ch. prem. inst. I, section A, 16 nov. 2005, n°57 (Ci-après : « jugement *Halilović* »). Pour d'autres décisions revenant sur la philosophie de la RSH, v. TPIY, jugement *Delalić et consorts*., préc., n°377 ; TPIY, arrêt *Delalić et consorts*, préc., n°195-240 ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Strugar*, jugement (IT-01-42-T), ch. prem. inst. II, 31 janv. 2005, n°359 (ci-après : « jugement *Strugar* ») ; TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°217. V. également : Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (Dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit*, n°3537 : « *On ne peut établir la responsabilité d'une violation par omission qu'à l'égard d'une personne qui s'est abstenue d'agir alors qu'elle était en devoir de le faire* ». « *Il ne s'agit pas d'une notion* [la notion de supérieur hiérarchique] *purement théorique, de n'importe quel supérieur placé dans la chaîne de commandement, mais seulement d'un supérieur qui a une responsabilité personnelle à l'égard de l'auteur des agissements en question, parce que ce dernier, étant son subordonné, se trouvait placé sous son contrôle* » (*Ibid*., n°3544).

[1403] TPIY, jugement *Strugar*, préc., n°359.

[1404] TPIY, jugement *Delalić et consorts*., préc., n°356. V. également : TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°214 ; TPIR, jugement *Kajelijeli*, préc., n°773 ; TPIR, jugement *Kumahanda*, préc., n°604.

large du concept de supérieur puisqu'il envisage non seulement la responsabilité des *chefs militaires*, mais aussi, plus généralement, celle de tout autre *supérieur hiérarchique*[1405] – cette seconde catégorie renvoyant aux civils placés en position de pouvoir –. C'est dire que l'autorité fondant la responsabilité du supérieur hiérarchique peut être aussi bien militaire que politique.

Ensuite, la source de cette autorité exercée n'est pas davantage pertinente. Pour reprendre les termes du jugement *Halilović*, *« le pouvoir hiérarchique n'est pas l'apanage des supérieurs officiels ou* de jure*. Il peut également être fondé sur l'existence de pouvoirs de contrôle de fait* »[1406]. Ici encore, le Statut de Rome fait écho à cette délimitation souple du concept de supérieur. Il place en effet sur un même pied les chefs militaires *de jure*, c'est-à-dire les personnes « *légalement nommées pour exercer des fonctions de commandement militaire* »[1407], et les personnes « *faisant effectivement fonction de chef militaire* »[1408], à savoir celles qui ne sont pas officiellement désignées pour assumer un rôle de chef militaire, mais qui agissent comme telles, dans les faits, vis-à-vis des forces qui ont commis les crimes[1409]. Cette interprétation vaut également pour les supérieurs civils[1410]. Peu importe que l'agent ait été légalement investi d'une autorité politique ; ce qui compte est qu'il se comporte comme si tel était le cas.

Enfin, il n'est pas nécessaire que le lien de subordination soit immédiat pour que la responsabilité du supérieur puisse être engagée. Faisant siennes les conclusions de la Commission du Droit international, la jurisprudence des TPI a affirmé que ce mode de responsabilité « *s'applique non seulement au supérieur hiérarchique direct du subordonné, mais aussi à ses autres supérieurs hiérarchiques dans la chaîne de commandement militaire ou dans la hiérarchie gouvernementale* »[1411]. La jurisprudence de la CPI est également en ce sens : les supérieurs se trouvant au sommet de la pyramide hiérarchique sont tout autant susceptibles d'engager leur responsabilité que les supérieurs immédiats de l'auteur matériel du crime, si tant est qu'ils assument une autorité sur ce dernier[1412].

En somme, peu d'égard est réservé à la forme du lien de subordination entre les participants. De ce point de vue, l'application de la responsabilité du supérieur hiérarchique au comportement des chefs de l'entreprise criminelle d'ensemble semble pouvoir être envisagée sans difficultés, les propriétés du pouvoir exercé n'étant d'aucune d'importance.

[1405] L'alinéa b) de l'article 28 du Statut de Rome envisage « les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a) » et désigne comme responsable « le supérieur hiérarchique » *lato sensu*.

[1406] TPIY, jugement *Halilović*, préc., n°60. V. également : TPIY, jugement *Blaskić*, préc., n°300 ; TPIY, arrêt *Aleksovski*, préc., n°76 ; TPIR, arrêt *Gacumbitsi*, préc., n°143 ; TPIR, jugement *Kajelijeli*, préc., n°85 ; TPIY, jugement *Strugar*, préc., n°362 ; TPIY, jugement *Kunarac et consorts*, préc., n°396.

[1407] CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°176.

[1408] Art. 28 al. b) du Statut de Rome.

[1409] CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°177.

[1410] TPIY, arrêt *Delalić et consorts*., préc., n°195

[1411] TPIY, jugement *Strugar*, préc., n°365. V. également TPIY, arrêt *Delalić et consorts*., préc., n°252 ; TPIY, jugement *Halilović*, préc., n°63 ; TPIY, jugement *Kunarac et consorts*, préc., n°398 ; TPIY, jugement *Blaskić*, préc., n°301 ; TPIR, jugement *Kamuhanda*, préc., n°602.

[1412] CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°179.

582. L'exigence d'un pouvoir de contrôle *effectif* sur le subordonné auteur du crime. – Cette souplesse n'est toutefois qu'apparente. La jurisprudence enserre en réalité l'application de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans un strict critère matériel : le supérieur doit être pourvu d'un pouvoir de *contrôle effectif* sur les agissements du subordonné pour que les crimes commis par ce dernier puissent lui être imputés[1413]. La jurisprudence est constante quant à la définition de ce pouvoir de contrôle. Elle l'entend comme une exigence de « *capacité matérielle d'empêcher ou de réprimer l'exécution des crimes ou d'en référer aux autorités compétentes* »[1414]. Ainsi, ce qui compte est la réalité du pouvoir exercé par le supérieur sur le subordonné. Détenir une autorité générale sur un collectif n'est pas suffisant. Aussi haut que puisse être le grade d'un individu, ce dernier ne pourra pas être considéré comme un supérieur au sens de ce mode de responsabilité s'il n'a pas la faculté réelle de maîtriser spécifiquement le comportement des subalternes. La jurisprudence est claire sur ce point : « *tout degré de contrôle moindre, tel que la capacité d'exercer une influence — même appréciable — sur les forces qui ont commis les crimes, serait insuffisant pour établir la responsabilité du supérieur hiérarchique* »[1415].

583. L'inadéquation du critère du contrôle effectif avec la réalité de l'autorité exercée par les dirigeants. – Le seuil de responsabilité fixé par le critère du contrôle effectif est assez élevé ; cela tient à la volonté affichée de la jurisprudence de ne pas commettre d'injustice en tenant des hommes responsables du fait d'autrui, alors qu'ils n'avaient aucune maîtrise de la situation infractionnelle. Cette restriction est légitime. Il n'en demeure pas moins qu'elle met à mal la possibilité d'atteindre les dirigeants des entreprises criminelles dans lesquelles s'insèrent les infractions internationales. En effet, le degré de contrôle requis est trop élevé pour être satisfait. Tel que défini par la jurisprudence, le critère posé induit que le supérieur ait le pouvoir réel de donner des ordres et de les faire respecter par ses subordonnés, ce qui postule l'existence d'une chaîne de commandement stable entre les participants au crime[1416]. Or les systèmes criminels contre l'humanité ou génocidaire ne sont pas structurés de la sorte. Les études criminologiques le montrent : « *Si la dynamique du processus criminel collectif est bien enclenchée par une impulsion centrale (provenant de ceux qui le décident et*

[1413] TPIY, jugement *Delalić et consorts*, préc., n°378, confirmé par TPIY, arrêt *Delalić et consorts*., préc., n°256. La jurisprudence postérieure s'est uniformément rangée derrière cette interprétation. Pour d'autres décisions du TPIY en ce sens, v. not : TPIY, arrêt *Blaskić*, préc., n°67, TPIY, jugement *Halilović*, préc., n°58 ; TPIY, jugement *Strugar*, préc., n°359 ou encore : TPIY, *Affaire le Procureur c. Hadžihasanović et Kubura*, jugement (IT-15-01-47-T), ch. prem. inst., mars 2006, n°77 (ci-après : « jugement *Hadžihasanović*). Pour le TPIR, v. not : TPIR, arrêt *Bagilishema*, n°50-61 ; TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°402 ; TPIR, jugement *Kumahanda*, préc., n°604. Pour la CPI, v. jugement *Bemba Gombo*, préc., n°183.

[1414] *Ibid*. Toutes les décisions suscitées ratifient cette définition.

[1415] CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°183 ; TPIY, arrêt *Delalić et consorts*., préc., n°266 ; TPIY, jugement *hadžihasanović*, préc., n°80.

[1416] CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°184 « *Généralement la manifestation d'un lien de subordination entre le [chef militaire] et les forces ou subordonnés dans le cadre d'une hiérarchie de droit ou de fait (chaîne de commandement)* ». Sur ce point, v. G. WERLE, F. JESSENBERG, *Principles of international criminal law*, *op. cit*., n°590.

l'organisent), elle dépend aussi d'une certaine improvisation de l'action »[1417]. Les buts généraux sont fixés par les autorités centrales et supérieures – le corps dirigeant –, mais la détermination des modalités de leur exécution est laissée à l'initiative locale[1418]. Le modèle hiérarchique, qui fait se succéder, du haut vers le bas, décision, ordre et exécution, est donc trop restrictif pour saisir le fonctionnement réel des systèmes criminels à l'œuvre compte tenu de la marge d'autonomie dont disposent les structures locales dans la mise en œuvre du projet global[1419]. Si l'on en croit ce schéma organisationnel, il semble donc assez illusoire que les dirigeants à la tête de l'entreprise d'ensemble puissent être considérés comme disposant d'un pouvoir de contrôle effectif sur les exécutants. En réalité, ce sont plutôt les chefs de ces organisations micro-criminelles concrétisant localement la réalisation de la politique inhumaine ou génocidaire qui devraient pouvoir satisfaire cette exigence et, partant, être poursuivis sur le fondement de la responsabilité du supérieur hiérarchique. La jurisprudence le laisse d'ailleurs constater. Ce mode d'imputation est généralement mis au service de la condamnation de supérieurs intermédiaires chapeautant directement l'exécution des crimes, comme par exemple des responsables de l'administration de camps de détention[1420] ou de prison[1421], ou encore des chefs de brigades militaires[1422]. Les dirigeants situés au sommet de l'organisation criminelle, quant à eux, ne sont pas inquiétés par le biais de ce mode de responsabilité.

584. Transition. – Ainsi, le lien de subordination sur lequel repose la responsabilité du supérieur hiérarchique s'accorde mal avec la dynamique des relations existant entre les dirigeants et les exécutants de l'entreprise, ce qui soulève de sérieux doutes quant à la possibilité d'appliquer ce mode de responsabilité aux décideurs du système criminel. Toujours est-il que même si tel était le cas, c'est-à-dire si l'organisation criminelle était structurée selon un strict modèle hiérarchique, il faudrait en plus démontrer que le subordonnant n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher la réalisation de l'infraction. Or, cette condition semble également difficilement vérifiable lorsque l'accusé est un responsable de haut rang de l'entreprise.

[1417] J. SEMELIN, *Purifier et détruire, usage politique des massacres et génocides*, *op. cit*., p. 305.
[1418] *Ibid*., p. 308.
[1419] C. BROWNING, *Politique nazie, travailleurs juifs, bourreaux allemands*, Paris, Les belles lettres, 2002, p. 207. Pour plus de développements sur la question, v. l'analyse approfondie des travaux sociologiques et criminologiques relatifs au fonctionnement des organisations génocidaires effectuée par M. JACQUELIN, *l'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°381-388.
[1420] L'affaire *Delalić et consorts* jugée par le TPIY, qui a constitué le cadre principal de la conceptualisation de la notion de responsabilité du supérieur hiérarchique, mettait par exemple en accusation le responsable de l'administration du camp de détention de Čelebići, pour ne pas avoir empêché la commission de nombreux crimes à l'encontre des personnes détenues.
[1421] V. pour un exemple l'affaire *Krnojelac* jugée par le TPIY, dans laquelle l'accusé était le directeur de la prison de Foča Kazneno-Popravni.
[1422] V. pour un exemple l'affaire *Hadžihasanović* jugée par le TPIY.

ii. L'absence de mesures nécessaires et raisonnables prises par le supérieur pour parer aux agissements de son subordonné

585. Le manquement du subordonnant à son devoir d'agir. – En sus de la condition objective du lien de subordination, la responsabilité du supérieur hiérarchique est soumise à une exigence subjective. Il faut démontrer le manquement fautif du subordonnant dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, faute qui se concrétise dans l'absence de mise en place de mesures permettant d'empêcher les subordonnés de commettre des infractions.

De toute évidence, ces mesures appropriées dont le supérieur doit s'acquitter dépendent des circonstances propres à chaque cas d'espèce. C'est la raison pour laquelle elles ne sont pas spécifiquement identifiées par les textes ni par la jurisprudence. Celle-ci retient, simplement, qu'il doit s'agir de mesures « *nécessaires et raisonnables* »[1423], c'est-à-dire de mesures qui entrent dans les « *capacités matérielles* »[1424] du supérieur. Ces critères d'appréciation abstraits témoignent, une nouvelle fois, de la volonté affirmée de ne pas automatiser la responsabilisation des supérieurs. Rappelant que « *le droit international ne peut obliger un supérieur à faire l'impossible* »[1425], la jurisprudence a clairement insisté sur la nécessité de s'assurer que le pouvoir de contrôle dont était paré l'agent lui procurait des moyens concrets d'action pour contrecarrer la commission des crimes par ses subordonnés, pour que sa responsabilité pénale puisse être engagée.

586. La caractérisation délicate du manquement des dirigeants haut placés. – Ainsi, la position hiérarchique ne préjuge pas de la capacité matérielle d'action du supérieur et il incombe à l'accusation de déterminer, au cas par cas, les mesures spécifiques qu'aurait raisonnablement pu prendre le subordonnant pour éviter que le crime ne soit commis. La configuration de la chaîne de commandement participe nécessairement de cette appréciation, la proximité des participants influant sur ce que l'on peut raisonnablement attendre de celui qui est en position d'autorité[1426]. Or, plus ce dernier sera éloigné du théâtre de la commission des

---

[1423] TPIY, jugement *Delalić et consorts*, préc., n°394. V. aussi : TPIY, jugement *Aleksovski*, préc., n°81 ; TPIY, jugement *Halilović*, préc., n°73 ; TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°441 ; TPIR, arrêt *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°302 ; TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°406 ; TPIR, jugement *Ntagerura et consorts*, préc., n°630 ; TPIR, jugement *Kamuhanda*, préc., n°610 ; CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°197 ; TPIY, jugement *Hadžihasanović*, préc., n°68 et n°120.

[1424] TPIY, jugement *Delalić et consorts*, préc., n°395. V. aussi : TPIY, arrêt *Blaskić*, préc., n°72 ; TPIY, jugement *Halilović*, préc., n°73 ; TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°442 ; TPIY, jugement *Hadžihasanović*, préc., n°122 ; TPIR, arrêt *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°302 ; TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°406 ; TPIR, jugement *Kamuhanda*, préc., n°610 ; CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°199.

[1425] TPIY, jugement *Delalić et consorts*, préc., n°395. Dans le même sens, v. CPI, *Situation en république centrafricaine*, *Affaire le procureur contre Jean-Pierre Bemba Gombo*, arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre le Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut par la Chambre de première instance III, ICC-01/05-01/08-3636-Red-tFRA, Ch. d'appel, 8 juin 2018, n°167-170 (ci-après : « arrêt relatif à l'acquittement de *Jean-Pierre Bemba Gombo* »).

[1426] En ce sens, v. l'opinion individuelle des juges Christine Van den Wyngaert et Howard Morrison annexée à l'arrêt relatif à l'acquittement de *Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., n°33 : « *what is required of a commander, both in terms of how closely they should monitor the troops and in terms of what measures they are expected to*

crimes, plus l'éventail des moyens étant matériellement en son pouvoir pour empêcher leur survenance sera vraisemblablement réduit. C'est dire que même si la jurisprudence admet, en théorie, que le pouvoir hiérarchique puisse être exercé indirectement, établir la faute des supérieurs éloignés, et particulièrement celle des chefs à la tête de l'organisation collective, peut se révéler assez épineux en pratique.

587. Illustration prise de l'acquittement de Jean-Pierre Bemba Gombo. – L'acquittement de Jean-Pierre Bemba Gombo par la Chambre d'appel de la CPI illustre cette difficulté. L'accusé, qui était le président du Mouvement de libération du Congo (MLC) et commandant en chef de la branche militaire de ce parti – l'armée de libération du Congo (ALC) –, fut déclaré pénalement responsable des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre commis par ses forces lors d'opérations réalisées en République centrafricaine. Si Jean-Pierre Bemba Gombo avait bien pris certaines mesures en réaction à la situation criminogène – notamment la mise en place de commissions d'enquête – la chambre de première instance III jugea que celles-ci étaient « *manifestement en deçà de ce qui constitue* "*toutes les mesures nécessaires et raisonnables*" *pour empêcher et réprimer l'exécution de crimes qu'il était matériellement en son pouvoir de prendre* »[1427]. La Chambre d'appel infirma la décision de jugement. Elle estima que la Chambre de première instance avait fait une appréciation peu réaliste de la diligence de l'accusé. Certes, ce dernier disposait de l'autorité suprême en matière de discipline sur ses troupes, mais cela n'excluait pas qu'il eut à faire face à certaines limites et entraves dans l'exercice de cette autorité. Précisément, la Chambre d'appel considéra qu'une attention insuffisante avait été prêtée aux difficultés auxquelles était confronté l'accusé, en tant que commandant éloigné de ses troupes, en termes de capacité de prise de mesures. Selon elle, ceci avait abouti à une évaluation déraisonnable de la culpabilité de Jean-Pierre Bemba Gombo[1428]. Si cette affaire intéresse la question de la responsabilisation des dirigeants suprêmes, c'est que la distanciation du chef vis-à-vis de ses forces a constitué le *leitmotiv* de l'analyse des juges de la Chambre d'appel et le motif principal de la décision d'acquittement rendu[1429]. Bien sûr, on ne peut déduire de cette solution d'espèce que l'éloignement des dirigeants du terrain de la commission des crimes tient inéluctablement en échec la caractérisation de la faute sur laquelle repose la responsabilité du supérieur hiérarchique ; tout dépend des circonstances propres à chaque situation. Pour autant, la solution énoncée donne corps aux doutes ayant pu être formulés relativement à la mise en cause des décideurs des entreprises criminelles, en montrant qu'une autorité, même suprême, n'est pas forcément absolue et que les chefs lointains ont moins de prise sur les agissements des subordonnés que les supérieurs immédiats.

---

take to prevent criminal behaviour, depends on how proximate they are to the physical perpetrators in the chain of command ».

[1427] CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°731. V. plus largement les paragraphes n°719 à n°734 pour l'ensemble de la démonstration du défaut de mesures nécessaires et raisonnables.

[1428] CPI, arrêt relatif à l'acquittement de *Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., n°171-191.

[1429] Pour les autres éléments ayant pu être pris en considération, v. *ibid*., n°189.

588. Transition. – Au fond, ce qu'il faut retenir de cette analyse est que les conditions de la responsabilité du supérieur hiérarchique invitent plutôt à recourir à ce mode d'imputation quand l'accusé est le supérieur immédiat de l'auteur matériel de l'infraction. Cela ne signifie pas qu'il soit fondamentalement inapplicable à la poursuite des supérieurs plus éloignés. Seulement, ces acteurs ne sont pas les sujets naturels de ce mode de responsabilité et manifestement, la jurisprudence n'entend pas étendre son champ d'application de façon à pouvoir les atteindre. Si ce refus paraît tenir à la volonté de préserver l'esprit de ce mode de participation[1430], ce ne sont pas les seules raisons qui peuvent l'expliquer. D'autres considérations, symboliques cette fois, permettent également de comprendre pourquoi ce mode de responsabilité n'est pas le plus indiqué lorsqu'il s'agit de mettre en accusation les hauts dirigeants des entreprises criminelles.

b- L'inadaptation symbolique de la responsabilité du supérieur hiérarchique

589. L'absence de hiérarchisation de la gravité de la responsabilité du supérieur hiérarchique. – La nature juridique de la responsabilité du supérieur hiérarchique est longtemps demeurée incertaine mais la jurisprudence des TPI a fini par convenir qu'elle constituait un mode de responsabilité au genre unique[1431]. Le Statut de Rome achève d'en convaincre, puisqu'il délie ce mode de responsabilité des autres formes de responsabilité existantes en lui réservant une disposition à part[1432]. Or, à raison de ce caractère *sui generis*, la responsabilité du supérieur hiérarchique transcende l'opposition classique entre les formes de participation principales et secondaires et échappe, par là même, à toute classification de gravité. La jurisprudence a d'ailleurs pris le soin de souligner, à maintes reprises, que la responsabilité du supérieur hiérarchique ne recelait pas un degré de culpabilité moindre que les autres formes de responsabilité, et notamment de la responsabilité pour commission[1433]. La

[1430] V. l'opinion individuelle des juges Christine Van den Wyngaert et Howard Morrison annexée à l'arrêt relatif à l'acquittement de *Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., n°33-36 dont il se dégage clairement une volonté de limiter l'application de la responsabilité du supérieur hiérarchique à son domaine naturel, à savoir celui des rapports hiérarchiques directs.

[1431] TPIY, jugement *Hadžihasanović*, préc., n°75. V. aussi : TPIY, jugement *Halilović*, préc., n°54 ; TPIY, arrêt *Blaskić*, préc., n°91.

[1432] Tous les autres modes de responsabilité existants sont définis par l'article 25 du Statut de Rome relatif à la « *responsabilité pénale* individuelle » tandis que la responsabilité du supérieur hiérarchique est spécifiquement régie par l'article 28 du Statut de Rome.

[1433] CPI, Situation *en république centrafricaine*, *Affaire le procureur contre Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision rendue en application de l'article 76 du Statut, ICC-01/05-01/08-3399-tFRA, ch. prem. inst. III, 21 juin 2016, n°16 : « *La responsabilité du supérieur hiérarchique est un mode de responsabilité sui generis. Elle n'est pas, en soi, un mode de responsabilité de gravité hiérarchiquement inférieure ou supérieure à celui découlant de la commission d'un crime visé à l'article 25-3-a, ou à tout autre mode de responsabilité visé aux alinéas b) à e) de l'article 25-3* » ; TPIY, arrêt *Delalić et consorts*, préc., n°735 : *« il serait faux de dire qu'en droit, la responsabilité du supérieur hiérarchique pour un comportement criminel est moins grave que celle du subordonné qui a commis l'infraction* » ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Bagosora et* consorts, arrêt d'appel (ICTR-98-41-A), ch. d'appel, 14 déc. 2011, n°740 (ci-après : « arrêt *Bagosora et consorts* ») : « *De l'avis de la Chambre d'appel, que Bagosora ne soit plus jugé coupable au regard de l'article 6 1. du Statut ne vient pas atténuer sa culpabilité. Elle souligne à cet égard que, vu les circonstances de l'espèce, la responsabilité de supérieur hiérarchique au sens de l'article 6 3. du Statut ne doit pas être regardée comme moins grave que la responsabilité pénale résultant de l'article 6 1.*

situation n'est donc pas la même qu'en matière de complicité : alors que cette dernière notion exprime un degré de culpabilité trop faible, car secondaire, par rapport à l'implication réelle des dirigeants dans la réalisation de l'entreprise[1434], la responsabilité du supérieur hiérarchique est neutre en termes de valeur expressive. De ce point de vue, retenir ce chef d'accusation à l'encontre des organisateurs de l'entreprise criminelle n'enverrait donc pas de signal néfaste d'un point de vue symbolique.

590. L'inaptitude de la responsabilité du supérieur hiérarchique à exprimer la réalité du rôle joué par les dirigeants. – Toutefois, c'est l'objet même de ce mode de responsabilité qui le rend inapte à transcrire la part de responsabilité assumée par les dirigeants de l'entreprise criminelle d'ensemble. Comme déjà signalé, ce mode d'imputation saisit une abstention fautive, une défaillance dans l'exercice du pouvoir hiérarchique. Il couvre, en d'autres termes, un « laisser-faire » ayant permis la réalisation de l'infraction. Or, le reproche adressé aux concepteurs du projet criminel et, plus généralement aux organisateurs de l'entreprise d'ensemble, ne tient pas à une telle passivité. Bien au contraire, ils sont blâmés pour avoir pris une part active dans la survenance des infractions, en promouvant la politique qui en est à l'origine et en instaurant le cadre institutionnel – ou à tout le moins le cadre matériel – propice à la réalisation des massacres. La responsabilité du supérieur hiérarchique apparaît dès lors comme une qualification malvenue, parce qu'elle est impropre à exprimer l'implication réelle des dirigeants dans le processus criminel. La jurisprudence a pleinement conscience de cette discordance. Cela l'a conduite à écarter ce chef d'accusation dans plusieurs affaires, au motif qu'il ne permettait pas de dépeindre un tableau fidèle de la situation dont elle était saisie. Ce fut le cas, par exemple, dans l'affaire *Ggagbo,* dans laquelle le président ivoirien était poursuivi pour avoir conçu et mis en œuvre un projet d'extermination de ses opposants politiques pour mieux se maintenir au pouvoir. La Chambre préliminaire I refusa sans ambages de retenir le mode de responsabilité du supérieur hiérarchique, arguant qu'« *examiner la responsabilité de Laurent Gbagbo au sens de l'article 28 du Statut exigerait de la Chambre qu'elle s'écarte considérablement de ce qu'elle a compris du déroulement des évènements en Côte d'Ivoire pendant la crise postélectorale et du rôle joué par Laurent Gbagbo dans ces évènements* »[1435]. Ainsi, au-delà des considérations techniques évoquées, cette inaptitude de la

---

du Statut ». V. aussi : TPIR, *Affaire le Procureur c. Ntabakuze*, jugement (ICTR-98-41-T), ch. prem. inst. I, 18 déc. 2008, n°303 : « *superior responsibility under Article 6(3) of the Statute is not to be seen as less grave than criminal responsibility under article 6(1) of the Statute* ».

[1434] V. *supra*, n°574 et s.

[1435] CPI, Décision de confirmation des charges portées à l'encontre de *Laurent Gbagbo*, préc., n°265 (pour l'ensemble du raisonnement tenu par la Chambre, v. plus largement les paragraphes n°260 à n°264). Dans l'affaire *Ongwen* également, la Chambre préliminaire a expressément relevé que le mode de responsabilité du supérieur hiérarchique ne relatait pas convenablement le rôle joué par l'accusé : « *le récit des faits livré dans les éléments de preuve disponibles est tel qu'on ne saurait considérer simplement que Dominic Ongwen n'a pas empêché ou réprimé les crimes commis par d'autres personnes. Au contraire, comme elle l'a expliqué plus haut, la Chambre constate que c'est précisément le comportement délibéré de Dominic Ongwen qui a débouché sur la réalisation des éléments objectifs des crimes. En même temps, elle observe que, de fait, le récit proposé par le Procureur et*

responsabilité du supérieur hiérarchique à rendre compte de la part de culpabilité endossée par les décideurs du système criminel achève de convaincre que ce mode de responsabilité n'est pas adapté à la répression des actes d'organisation de l'entreprise d'ensemble. Ceci explique, du reste, qu'il soit largement délaissé en pratique, lorsqu'il s'agit de juger cette classe de participants.

591. Bilan de l'analyse des normes existantes. – La conclusion se dégageant de l'analyse des normes statutaires est, sans conteste, que le dispositif répressif prévu demeure insuffisant relativement à la répression des actes d'organisation des entreprises criminelles contre l'humanité et génocidaire. Le droit international pénal, sur ce point, est clairement défaillant : d'une part, il ne porte pas l'incrimination de ces comportements en infractions autonomes (exception prise de l'incitation publique et directe au génocide) ; d'autre part, les modes de participation criminelle en vigueur ne permettent pas de pallier cette lacune, ni la complicité ni la responsabilité du supérieur hiérarchique ne procurant de fondement satisfaisant à la répression de ce type de participation à l'entreprise d'ensemble. La création de nouvelles normes apparaît dès lors absolument nécessaire pour sortir de l'impasse.

§2. La consécration nécessaire de normes dédiées à la répression des actes d'organisation des entreprises criminelles

592. Les solutions envisageables. – Les insuffisances du système répressif international ont vite été perçues par la jurisprudence et celle-ci n'est pas restée passive face aux difficultés en découlant. Elle n'a pas hésité à procéder à une interprétation créatrice des normes existantes afin de dégager des mécanismes adaptés à la répression des actes d'organisation des entreprises criminelles contre l'humanité et génocidaire. Les solutions trouvées ont toujours été inscrites dans un même cadre d'analyse théorique : l'imputation de l'infraction. À la réflexion, celui-ci n'est pourtant pas le plus indiqué. Plutôt que de consacrer de nouvelles normes d'imputation comme en a décidé la jurisprudence (A), il semble préférable de privilégier la création de normes d'incrimination inédites couvrant les actes d'organisation de l'entreprise criminelle d'ensemble (B).

---

admis dans la présente décision, selon lequel Dominic Ongwen a intentionnellement commis les crimes qui lui sont reprochés, a pour corollaire naturel et nécessairement logique que Dominic Ongwen n'a pas "empêché" ou "réprimé" les crimes qu'il a lui-même commis conjointement avec d'autres personnes et en utilisant des subordonnés sur lesquels il avait, à l'époque, un commandement et un contrôle effectifs » : CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15-422, ch. prélim. II, 26 mars 2016, n°147. A noter toutefois, que la Chambre préliminaire a tout de même confirmé ce chef d'accusation (contrairement à ce qu'avait décidé la chambre préliminaire saisie de l'affaire Gbagbo) en laissant entendre que la décision finale d'appliquer ou non ce mode de responsabilité aux faits de l'espèce revient à la chambre de première instance (v. *ibid*., n°148-149).

A. La création de normes d'imputation novatrices, une solution privilégiée par la jurisprudence

593. Le contenu variable des normes d'imputation consacrées par la jurisprudence. – Afin de dépasser les insuffisances du système répressif international pénal, les juridictions ont procédé à la relecture des modes d'imputation prévus par leurs Statuts respectifs et consacré, ce faisant, de nouvelles formes de participation criminelle. Les solutions dégagées à cet effet n'ont pas tout à fait le même contenu (1), ce qui n'empêche pas de constater qu'elles souffrent des mêmes défauts (2).

1- Le contenu des solutions dégagées par la jurisprudence

594. De la notion d'entreprise criminelle commune à celle de coaction indirecte. – Les juridictions pénales internationales ont embrassé une démarche similaire pour rendre le droit international plus performant. Toutes deux ont procédé à la consécration d'un nouveau mode de participation criminelle principal, à partir d'une lecture extensive de la notion de commission. Mais chacune a, toutefois, dégagé sa propre construction notionnelle : les TPI ont créé la notion d'entreprise criminelle commune (a) tandis que la CPI a préféré instituer la notion de coaction indirecte (b).

a- La conceptualisation de la notion d'entreprise criminelle commune par la jurisprudence des TPI

595. Apparition de la notion d'entreprise criminelle commune. – C'est à la Chambre d'appel du TPIY que revient la paternité de la notion d'entreprise criminelle commune. Les circonstances de son émergence ne sont pas sans teinter ce nouveau mode d'imputation d'une coloration opportuniste : elle permit de revenir sur l'acquittement de Dusko Tadić prononcé par la Chambre de première instance, à raison des meurtres commis dans le village de Jaskići. Cette dernière, sans dénier l'appartenance de l'accusé au groupe d'assaillants, avait en effet relevé que la preuve de sa participation matérielle aux crimes n'avait pas été apportée, de sorte qu'il ne pouvait en être tenu responsable en qualité d'auteur[1436]. Au renfort d'une interprétation téléologique et progressiste du Statut du TPIY, la Chambre d'appel censura cette approche de la notion de commission. Selon elle, « *le Statut ne s'arrête pas là. Il n'exclut pas les cas où plusieurs personnes poursuivant un but commun entreprennent de commettre un acte criminel qui est ensuite exécuté soit de concert par ces personnes, soit par quelques membres de ce groupe de personnes. Quiconque contribue à la perpétration d'un crime par le groupe de personnes visé ou par certains de ses membres, en poursuivant un but criminel commun, peut*

[1436] TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°373.

être tenu pénalement responsable »[1437]. Forte de cette analyse, et constatant que l'accusé avait joué un rôle actif dans l'accomplissement du plan criminel au sein duquel s'inscrivait l'attaque de Jaskići, la Chambre d'appel déclara l'accusé responsable, en tant qu'auteur, des meurtres allégués[1438].

596. Consolidation de la notion d'entreprise criminelle commune. – La notion d'entreprise criminelle commune a été largement approuvée par la jurisprudence postérieure des TPI, ce qui n'étonne guère dans la mesure où elle facilite grandement l'engagement de la responsabilité pénale internationale. En effet, dans des situations telles que celles au sein desquelles s'inscrivent les infractions internationales – c'est-à-dire des contextes de criminalité massive impliquant non seulement la survenance d'atteintes multiples, mais également l'intervention d'une multiplicité d'individus – il est bien souvent difficile de démêler l'écheveau des participations et donc d'identifier la part de responsabilité de chacun. Or en centrant l'imputation sur la contribution à la réalisation d'*une entreprise criminelle commune*, et non plus sur la contribution à la réalisation d'*un crime*, la notion d'entreprise criminelle commune supprime cette difficulté[1439]. Il suffit alors d'établir que l'agent a pris part à l'accomplissement d'un but criminel donné pour que les crimes commis en application de cet objectif puissent lui être reprochés. Particulièrement accommodant pour le jugement des crimes de masse, la notion d'entreprise criminelle commune a ainsi fait l'objet d'une vaste application dans la jurisprudence des TPI et ce, dans une mesure qui n'a fait qu'accroître ses potentialités répressives.

597. Interprétation extensive des conditions de l'entreprise criminelle commune. – Non contente de bénéficier d'un nouvel outil redoutablement efficace pour mettre en œuvre la responsabilité pénale des participants à une opération criminelle collective, la jurisprudence a progressivement élargi les contours de la notion d'entreprise criminelle commune par le biais d'une interprétation extensive de ses conditions[1440], ce qui lui a permis de l'appliquer à des

---

[1437] TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°190.
[1438] TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°231-233.
[1439] Ce raisonnement fait écho à la théorie de la scène unique de violence dégagée par la jurisprudence française, laquelle permet de considérer tous les participants à une rixe comme les auteurs des coups portés, sans qu'il ne soit nécessaire pour les juges de préciser la nature des atteintes commises par chacun des prévenus à chacune des victimes. Sur cette notion, v. not. X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°185 et n°310. La différence, toutefois, est que la théorie de la scène unique de violence sert seulement à établir la responsabilité en tant qu'auteur de tous les participants *matériels* à l'infraction mais pas des organisateurs (d'ailleurs, il n'y a pas forcément d'organisation préalable). Le champ de l'entreprise criminelle commune est donc bien plus élargi, cette notion permettant d'imputer le crime commis en lien avec une entreprise criminelle à tous les participants de cette entreprise (les organisateurs comme les exécutants non présents), sans que cela requière qu'ils aient participé à sa perpétration matérielle.
[1440] Notre étude se rapportant à la dimension matérielle des participations répréhensibles, seules les conditions objectives de l'entreprise criminelle commune seront ici étudiées. On peut toutefois noter que les conditions subjectives de ce mode de participation ont également fait l'objet d'une extension progressive. La jurisprudence a en effet identifié trois types d'intention coupable, plus ou moins strictes, auxquelles correspondent trois formes d'entreprise criminelle commune. La première forme d'ECC est dite élémentaire. Elle renvoie à la situation où

situations sensiblement différentes de celle en cause dans l'affaire *Tadić* et à partir de laquelle cette notion a été forgée.

598. Délimitation large de la notion d'entreprise criminelle commune. – Sur le plan objectif, la première condition de l'entreprise criminelle commune tient à l'existence d'un but criminel commun. S'agissant précisément de la nature de l'objectif poursuivi, l'arrêt *Tadić* avait déjà souplement délimité cette condition, en suggérant qu'il n'était pas nécessaire que l'objectif commun consiste en la commission de crimes, mais qu'il suffisait qu'il en implique la perpétration[1441]. Ainsi la jurisprudence postérieure n'a-t-elle pas davantage élargi cet élément. Elle s'est contentée de ratifier cette approche, ce qui lui a permis d'appliquer la notion d'entreprise criminelle commune à des opérations se réclamant d'un but licite – par exemple, l'unification de régions ethniques similaires – mais conduites au moyen d'actes inhumains[1442]. En réalité, plus que la condition de but, c'est la notion d'entreprise elle-même que la jurisprudence s'est employée à assouplir, tant dans son aspect personnel que matériel, de sorte à pouvoir ouvrir le champ des opérations punissables. Pour ce qui concerne, d'abord, la dimension personnelle de l'entreprise, la question du nombre de participants n'a jamais suscité de discussion. Il relève du bon sens que ceux-ci doivent au minimum être deux, sans quoi il est impossible de caractériser un but *commun*[1443]. Pour le reste, la jurisprudence n'a fixé aucun seuil supérieur : les participants peuvent donc être en nombre infini. Une limite, toutefois, aurait pu être posée, si la caractérisation d'un *lien d'association* entre les participants avait été requise. Il en allait en tout cas ainsi dans l'affaire Tadić, l'accusé ayant été déclaré coupable « *des actions du groupe dont il était membre* »[1444]. La Chambre d'appel du TPIY a toutefois décidé d'affranchir la notion d'entreprise de tout critère en ce sens dans l'arrêt *Brđanin*. Selon elle, il importe uniquement d'établir que le crime commis « *entre dans le cadre du but commun* », sans

« *tous les coaccusés, agissant de concert dans un but criminel commun, ont la même intention criminelle* » (TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°196), à savoir celle de commettre un crime précis (v. TPIY, arrêt *Krnojelac*, préc., n°32). La seconde forme d'ECC est dite systémique. Elle est similaire, du point de vue de l'intention requise, à l'ECC élémentaire, mais est vouée à s'appliquer spécifiquement aux affaires impliquant des camps de concentration et, en conséquence, à sanctionner les membres des unités militaires ou administratives en charge de la gestion de tels camps agissant en application d'un plan concerté (TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°202). Précisément, « *il faut que l'accusé ait eu personnellement connaissance du système de mauvais traitements (que cela soit prouvé par un témoignage précis ou déduit des pouvoirs que détenait l'accusé), et qu'il ait eu l'intention de contribuer à ce système concerté de mauvais traitement* » (TPIY, arrêt *Krnojelac*, préc., n°32). Enfin, la troisième et dernière forme d'ECC est dite élargie, car elle engage une intention diffuse : elle concerne « *les affaires de but commun dans lesquelles l'un des auteurs commet un acte qui, s'il ne procède pas du but commun, est néanmoins une conséquence naturelle et prévisible de sa mise en œuvre* » (TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°204). Si elles divergent dans leur élément moral, toutes les catégories d'entreprises criminelles communes présentent les mêmes conditions matérielles, si bien qu'elle ne seront pas différenciées dans le cadre de cette étude. Au sujet des différentes catégories d'ECC, v. : O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, *op. cit*., pp. 364-372 ou encore M. DUFFOURC, *La participation à l'infraction internationale*, op. cit., n°32 à n°35.

[1441] TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°227.

[1442] TPIY, jugement *Martić*, préc., n°442-445 confirmé par TPIY, arrêt *Martić*, préc., n°112.

[1443] TPIY, *Affaire le Procureur c. Kvočka et consorts*, jugement (IT-98-30/1-T), ch. prem. inst., 2 nov. 2001, n°307 (ci-après : « jugement *Kvočka et consorts* »).

[1444] TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°232.

que cela exige que la personne qui l'a accompli appartienne elle-même à l'organisation à l'œuvre[1445]. Cela revient ainsi à consacrer une forme de responsabilité solidaire à raison d'une association hasardeuse, l'existence d'un lien entre les participants n'étant plus même requise[1446]. Mais cette même Chambre d'appel est allée encore plus loin. Elle a également soustrait la notion d'entreprise criminelle commune à toute forme de limite matérielle, en venant affirmer que cette forme de responsabilité peut être retenue dans des affaires de toute envergure, c'est-à-dire quelle que soit l'ampleur des opérations en cause[1447]. À suivre le jugement *Kvocka*, on pourrait même aller jusqu'à considérer tout le régime nazi comme une entreprise criminelle commune unique[1448]. Ici encore, on peut constater que l'interprétation de la notion déborde largement son cadre conceptuel originel. Car même s'il était question, dans l'affaire *Tadić*, d'un objectif criminel de vaste échelle – une échelle régionale –, il n'en demeure pas moins que ce sont les crimes commis au cours d'une opération circonscrite, l'attaque du village de Jaskići, qui furent finalement mis au compte de l'accusé. Ainsi la notion d'entreprise criminelle commune a-t-elle été élargie au gré des décisions rendues, de sorte à pouvoir ouvrir le champ du mode de responsabilité pénale afférent.

599. Délimitation large du fait de participation punissable. – Il reste que l'existence d'une entreprise criminelle commune n'est pas une condition suffisante. Il faut, en sus, établir que l'agent a pris part à sa réalisation. À l'analyse, cette condition n'est toutefois pas plus restrictive que celle tenant au but criminel commun. En effet, si la jurisprudence retient, à ce propos, que la participation doit être « *importante* »[1449] ou encore « *significative* »[1450], ce critère n'a que l'apparence d'une condition limitante. Il n'induit, en réalité, aucune appréciation de l'intensité du rôle joué par le participant. La jurisprudence le signifie clairement quand elle relève qu'il n'est pas nécessaire que la contribution ait été « *indispensable* » à l'accomplissement de l'entreprise[1451]. Elle impose simplement, à travers cette exigence, la

---

[1445] TPIY, *Affaire le Procureur c. Brđanin*, arrêt d'appel (IT-99-36-A), ch. d'appel, 3 avril 2007, n°410-413 (Ci-après : « arrêt *Brđanin* »). Confirmé par : TPIY, *Affaire le Procureur c. Limaj*, arrêt d'appel (IT-03-66-A), ch. d'appel, 27 sept. 2007, n°120 (ci-après : « arrêt *Limaj* ») ; TPIY, arrêt *Martić*, préc., n°168 ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Krajišnik*, arrêt d'appel (IT-00-39-A), ch. d'appel, 17 mai 2009, n°225-226 (Ci-après : « arrêt *Krajišnik* »).

[1446] Il faut préciser à cet égard que la notion de but commun, telle qu'interprétée par la jurisprudence, ne s'entend pas d'un accord criminel. Celle-ci retient en effet que « *le projet ou objectif commun peut se concrétiser de manière inopinée* » (TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°227). En d'autres termes, il n'est pas nécessaire de constater une association des participants sur le plan intentionnel : il semble suffisant que l'on constate la convergence de leurs actions respectives vers une même finalité. Sur ce point, v. O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, *op. cit*., pp. 360-361.

[1447] TPIY, arrêt *Brđanin*, préc., n°430.

[1448] TPIY, jugement *Kvočka et consorts*, préc., n°307.

[1449] TPIY, arrêt *Kvočka et consorts*, préc., n°97 et 187 (qui revient sur les conclusions de la Chambre de première instance, laquelle invitait à apprécier l'intensité de la participation de l'accusé pour pouvoir le tenir responsible en tant qu'auteur : v. TPIY, jugement *Kvočka et consorts*, préc., n°311). V. aussi : TPIY, arrêt *Brđanin*, préc., n°430.

[1450] TPIY, arrêt *Krajišnik*, préc., n°215 et n°695 ; TPIR, jugement *Zigiranyirazo*, préc., n°383.

[1451] TPIY, arrêt *Brđanin*, préc., n°430 ; TPIY, arrêt *Krajišnik*, préc., n°215. V. aussi : TPIY, arrêt *Kvočka et consorts*, préc., n°98 ; TPIY, jugement *Brđanin*, préc., n°253 : « *l'Accusation n'a pas besoin de démontrer que la participation de l'accusé est une condition sine qua non sans laquelle les crimes n'auraient pu être commis* ».

démonstration d'un fait matériel extériorisant l'adhésion au but criminel commun[1452]. En clair, il faut uniquement vérifier que l'agent a agi pour donner effet à sa résolution. Or, l'examen des décisions rendues montre que cette action peut revêtir n'importe quels caractères. Déjà, dans l'arrêt *Tadić,* la chambre d'appel du TPIY avait pu souligner que « *cette participation n'implique pas nécessairement la consommation d'un des crimes spécifiques repris dans les dispositions du Statut (meurtre, extermination, torture, viol, etc.) mais peut prendre la forme d'une assistance ou d'une contribution en vue de la réalisation du projet ou objectif commun* »[1453], ce qui fait état d'une vision plutôt souple du fait de participation répréhensible. La jurisprudence postérieure a consolidé cette approche. Elle a confirmé qu'il n'était pas nécessaire que l'accusé perpètre physiquement le crime[1454] et précisé, par ailleurs, que sa présence au moment des faits n'était même pas requise[1455]. De même, elle a ajouté que la contribution pouvait procéder d'une action comme d'une omission[1456]. Surtout, il a été expressément affirmé que la participation n'avait pas à être intrinsèquement criminelle[1457], si bien que la participation à un conseil politique a, par exemple, pu être poursuivie sur le fondement de ce mode de responsabilité émergent[1458]. En somme, il suffit que le participant commette des actes qui se rapportent, d'une manière ou d'une autre, au but criminel projeté pour être tenu responsable de toutes les infractions commises en son application[1459].

600. Application de la notion d'entreprise criminelle commune au jugement des hauts responsables des systèmes criminels. – La souplesse avec laquelle la jurisprudence du TPIY définit les conditions de l'entreprise criminelle commune confère au mode de responsabilité associé une portée extrêmement étendue. La notion d'entreprise criminelle commune est si large qu'elle peut aller « *jusqu'au massacre systématique de millions d'individus dans le cadre d'un vaste régime criminel impliquant des milliers de*

TPIR, arrêt *Simba*, préc., n°303 ; TPIR, jugement *Mpambara*, préc., n°13 ; TPIR, jugement *Zigiranyirazo*, préc., n°383.

[1452] TPIY, arrêt *Kvočka et consorts*, préc., n°97. En cela, l'entreprise criminelle commune se distingue du délit d'appartenance, en ce qu'elle exige davantage qu'une simple adhésion au projet criminel. La jurisprudence l'a d'ailleurs souligné : « *La responsabilité qui s'attache à l'entreprise criminelle commune ne découle pas du simple fait d'appartenir à cette entreprise mais de la participation à la perpétration d'un crime dans le cadre de ladite entreprise* » : TPIY, *Affaire le Procureur c. Simić et consorts*, jugement (IT-95-9-T), Ch. prem. inst. II, 17 oct. 2003, n°158 (ci-après : « jugement *Simić et consorts* »). En ce sens également : TPIY, jugement *Brđanin*, préc., n°253.

[1453] TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°227.

[1454] V. not. TPIY, arrêt *Kvočka et consorts*, préc., n°99 ; TPIY, arrêt *Vasiljević*, préc., n°100 ; TPIY, arrêt *Krnojelac*, préc., n°81 ; TPIY, *Affaire le Procureur c. Milan Babić*, arrêt d'appel (IT-03-72-A), ch. d'appel, 18 juillet 2005, n°38 (ci-après : « arrêt *Babić* »). TPIR, jugement *Simba*, préc., n°387 ; TPIR, jugement *Mpambara*, préc., n°13 ; TPIR, *Affaire le Procureur c. Ntakirutimana*, arrêt d'appel (ICTR-96-I0-A et ICTR-96-17-A), ch. d'appel, 13 déc. 2004, n°466 (ci-après : arrêt *Ntakirutimana* »).

[1455] TPIY, arrêt *Krnojelac*, préc., n°81 ; TPIR, arrêt *Simba*, préc., n°296.

[1456] TPIY, arrêt *Kvočka et consorts*, préc., n°187 ; TPIR, jugement *Mpambara*, préc., n°13.

[1457] TPIY, arrêt *Krajišnik*, préc., n°695.

[1458] TPIY, arrêt *Krajišnik*, préc., n°696.

[1459] *Ibid*. Dans le même sens : TPIY, arrêt *Babić*, préc., n°38. V. aussi TPIY, jugement *Brđanin*, préc., n°263 : « *Les participants à une entreprise criminelle commune peuvent contribuer au projet commun de nombreuses manières différentes. En effet, le terme "participation" est pris au sens large* ».

participants »[1460] et la participation à l'entreprise, si diffuse, qu'il est possible d'atteindre des personnes qui n'entretiennent qu'un rapport lointain avec la perpétration de ces massacres. Se profile, alors, un mode de responsabilité se prêtant parfaitement à la sanction des organisateurs des systèmes criminels à l'initiative des atrocités. La jurisprudence du TPIY ne s'y est pas trompée : l'entreprise criminelle commune a constitué le principal fondement des poursuites engagées contre les *leaders* politiques et militaires ayant dirigé les campagnes de purification ethniques conduites sur le territoire de l'Ex-Yougoslavie[1461]. Slobodan Milosević, Nikola Šainović ou encore Dragoljub Ojdanić comptent, par exemple, parmi les hauts responsables de la République fédérale de Yougoslavie (RFY) dont la responsabilité pénale a été engagée de ce chef[1462]. Pour ce qui concerne la République serbe autoproclamée de Bosnie-Herzégovine (autrement désignée Republika Srpska « RS »), on peut citer les cas de Radovan Karadžić, Momčilo Krajišnik ou encore de Ratko Mladić, tous trois condamnés à raison de leur implication dans la mise en œuvre des campagnes de persécution dont furent victimes les populations non serbes de 37 municipalités de Bosnie-Herzégovine[1463].

601. Transition. – En conceptualisant la notion d'entreprise criminelle commune, la jurisprudence des TPI s'est ainsi pourvue d'un outil répressif redoutablement efficace pour juger les décideurs des organisations criminelles contre l'humanité et génocidaire. Ce mode de responsabilité pénale principale, néanmoins, ne connaîtra pas d'application hors de ces juridictions. Plutôt que d'enraciner cette construction théorique dans le droit international pénal

---

[1460] TPIY, jugement *Kvočka et consorts*, préc., n°307.

[1461] Le TPIR a moins recouru à la notion d'entreprise criminelle commune dans sa jurisprudence, car ce mode d'imputation ne lui était pas forcément utile : dans la mesure où cette juridiction avait essentiellement à connaître d'une entreprise génocidaire, et compte tenu de l'incrimination de l'entente en vue de commettre un génocide, le TPIR n'avait pas besoin de mettre en application la notion d'entreprise criminelle commune pour pouvoir poursuivre les décideurs du génocide rwandais. Sur l'infraction d'entente en vue de commettre un génocide, v. *supra*, n°X.

[1462] Slobodan Milosević était le Président de la Serbie à partir du 26 décembre 1990 avant d'être le Président de la République fédérale de Yougoslavie (RFY) du 15 juillet 1997 au 6 octobre 2000. En sa qualité de Président de la RFY, il présidait le Conseil suprême de la défense de la RFY et était commandant suprême de l'Armée yougoslave. Poursuivi devant le TPIY, il est décédé en détention, de sorte que les poursuites n'ont pu aboutir. Nikola Šainović était quant à lui le Vice-Premier Ministre de la République fédérale de Yougoslavie tandis que Dragoljub Ojdanić, enfin, occupait le poste chef de l'état-major général de l'armée yougoslave. Tous deux ont été déclarés auteurs de crimes contre l'humanité à raison de leur participation à une entreprise criminelle commune dont le but était de modifier l'équilibre ethnique du Kosovo et de garantir le contrôle des autorités serbes sur la province et qui fut exécutée au moyen d'assassinats, de persécutions, d'expulsions et de transferts forcés de la population Albanaise du Kosovo. Ils ont été respectivement condamnés à dix-huit ans et quinze ans d'emprisonnement.

[1463] Radovan Karadžić est un membre fondateur du Parti démocratique serbe (SDS), parti qu'il dirigea jusqu'à sa démission le 19 juillet 1996. A la suite de cela, il devint Président du Conseil de sécurité nationale de la Republika Srpska avant de s'élever au poste de Président de la Republika Srpska. A ce titre, il détenait également la qualité de commandant suprême des forces armées. Il fut condamné à quarante ans d'emprisonnement. Momčilo Krajišnik, ensuite, était lui aussi membre du Comité central du Parti démocratique serbe de Bosnie-Herzégovine (SDS). Il occupa de fautes fonctions politiques : il était membre du gouvernement et président de l'assemblée de la Republika Srpska. Il fut condamné à vingt ans d'emprisonnement. Ratko Mladić était quant à lui le commandant de l'état-major principal de l'armée de la Republika Srpska et fut condamné à une peine d'emprisonnement à vie.

coutumier[1464], la jurisprudence de la CPI a préféré s'engager dans une autre voie en consacrant la notion de coaction indirecte.

b- La conceptualisation de la notion de coaction indirecte par la jurisprudence de la CPI

602. Construction progressive de la notion de coaction indirecte par la jurisprudence de la CPI. – La notion de coaction indirecte, à la différence de celle d'entreprise criminelle commune, n'a pas été dégagée séance tenante, à l'occasion du traitement d'une affaire donnée, par la jurisprudence de la CPI. Elle a été élaborée progressivement, au fil de la relecture successive des différents modes de commission criminelle prévus par l'article 25 alinéa a) du Statut de Rome.

603. Première étape : définition de la notion de commission à travers le critère du contrôle exercé sur le crime. – La première pierre à l'édification de la coaction indirecte a été posée à l'occasion de l'affaire *Lubanga*. Dans la décision de confirmation des charges, la Chambre préliminaire I a jugé qu'il convenait de préciser la distinction existant entre les auteurs principaux d'un crime et les complices[1465], ce qui l'a conduite incidemment à délimiter les contours de la notion de commission. Pour ce faire, elle envisagea successivement plusieurs approches. Une approche objective de la notion de commission, d'abord, selon laquelle les auteurs principaux sont ceux qui exécutent physiquement les éléments matériels du crime. Se révélant incompatible avec la forme indirecte de commission admise par le Statut – la commission *par l'intermédiaire d'une autre personne*[1466] – ce critère fut immédiatement rejeté[1467]. La Chambre étudia, ensuite, la possibilité d'adopter une approche subjective de la notion d'auteur principal, comme l'avaient fait les juges du TPI à travers la théorie de l'entreprise criminelle commune. Mais ce critère, pas plus que le critère objectif, ne pouvait être retenu, dès lors que s'en serait suivie une confusion entre la notion de commission conjointe, visée à l'article 25 al. a) du Statut, et la forme de complicité que constitue la contribution à la commission d'un crime par un groupe agissant de concert[1468]. En conséquence, la Chambre décida de privilégier une approche mixte, fondée sur le critère du contrôle exercé sur le crime. Non seulement opérant, parce que compatible avec les différentes modalités de commission visées par le Statut, ce critère est également gage d'une délimitation réaliste de la

[1464] Ce qui s'explique sans doute par le fait que la notion d'entreprise criminelle commune a fait l'objet de vives critiques, comme nous le verrons *infra*, n°612 et n°619.
[1465] Cette distinction est essentiellement admise par la jurisprudence, le Statut ne faisant aucune différence entre les modes de participation qu'il définit.
[1466] Art. 25 al. 3, a) du Statut de Rome.
[1467] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Thomas Lubanga Dyilo*, préc., n°333.
[1468] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Thomas Lubanga Dyilo*, préc., n°334-335. A noter que cette exclusion de l'approche subjective de la notion de commission cristallise le rejet de la notion de l'entreprise criminelle commune par la jurisprudence de la CPI. V. spécifiquement le paragraphe 335 de la décision citée à cet égard.

catégorie des auteurs principaux de l'avis de la Chambre. En effet, selon elle, ces derniers « *ne se trouvent pas uniquement parmi ceux qui exécutent physiquement les éléments objectifs de l'infraction, mais également parmi ceux qui, en dépit de la distance qui les sépare du lieu du crime, contrôlent ou dirigent la commission de ce dernier parce qu'ils décident si l'infraction sera commise et comment* »[1469]. Par-delà les arguments théoriques invoqués par la Chambre préliminaire, cette dernière remarque éclaire ce qui semble bien constituer la véritable raison d'être de la théorie du contrôle sur le crime, à savoir l'instauration d'un mécanisme juridique permettant d'imputer une responsabilité pénale principale aux participants intellectuels au crime. Il restait, toutefois, encore plusieurs étapes à accomplir pour parfaire ce mécanisme.

604. Deuxième étape : relecture des modes de commission existants à la lumière du critère du contrôle sur le crime. – Le deuxième pas vers la consécration de ce mode d'imputation dédié à l'engagement de la responsabilité des cerveaux du crime a été réalisé lorsque la jurisprudence a procédé à la relecture des notions de commission conjointe et de commission indirecte à la lumière du critère du contrôle exercé sur le crime.

605. Relecture de la notion de commission conjointe. – La définition de la notion de commission conjointe – encore désignée coaction – à l'aune du critère de contrôle sur le crime constitue la suite du travail d'interprétation effectuée par la Chambre préliminaire I dans l'affaire *Lubanga*. Celle-ci a commencé par rappeler que la notion de coaction « *a pour origine le principe de la division des tâches essentielles en vue de la commission d'un crime entre deux ou plusieurs personnes agissant de manière concertée* »[1470]. Mettant en application le critère qu'elle venait de dégager, la Chambre a alors présenté la coaction comme un mode de participation fondé sur un *contrôle partagé* du crime[1471]. À partir de là, elle a identifié plusieurs conditions objectives.

La première tient à l'existence d'un accord ou d'un plan commun entre deux ou plusieurs personnes. Cette condition fait écho au premier élément de la notion d'entreprise criminelle commune et est, du reste, conçue de la même façon, puisqu'il est pareillement admis que « [l]*e plan n'a pas à être intrinsèquement criminel* », mais qu'il suffit qu'il « *[comprenne] un élément essentiel de criminalité, à savoir que sa mise en œuvre emporte un risque suffisant que dans le cours normal des évènements, un crime soit commis* »[1472].

La seconde condition objective de la coaction fondée sur le contrôle partagé sur le crime ayant été relevée consiste dans « *l'apport, de la part de chaque coauteur, d'une contribution essentielle et coordonnée aboutissant à la réalisation des éléments objectifs du crime* »[1473]. À

[1469] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Thomas Lubanga Dyilo*, préc., n°330.
[1470] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Thomas Lubanga Dyilo*, préc., n°342
[1471] *Ibid*.
[1472] CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°984 ; CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°776.
[1473] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Thomas Lubanga Dyilo*, préc., n°346.

suivre la jurisprudence, cette exigence traduit, concrètement, le critère du partage du contrôle sur le crime. En effet, selon elle, « *lorsque les éléments objectifs d'une infraction sont réalisés par plusieurs individus agissant dans le cadre d'un plan commun, seuls ceux à qui ont été assignées des tâches essentielles – et qui sont donc en mesure de faire obstacle à la perpétration du crime en n'accomplissant pas leurs tâches – peuvent être considérés comme exerçant un contrôle conjoint sur le crime* »[1474]. Le raisonnement s'entend : seuls ceux qui se sont vus attribuer une fonction essentielle dans la réalisation du plan peuvent être considérés comme exerçant véritablement un contrôle sur le crime, dès lors que cela postule leur pouvoir de compromettre sa commission. Cela étant, il s'en dégage un certain dévoiement du critère posé, en ce que le contrôle requis n'est plus rattaché à la *commission du crime*, mais à *la mise en œuvre du plan criminel*. La décision de jugement conforte ce sentiment lorsqu'elle énonce qu'« *il importe avant tout de savoir si le coauteur joue un rôle essentiel dans le cadre du plan commun et c'est en ce sens que sa contribution doit être essentielle, dans la mesure où elle se rapporte à l'exercice du rôle et des fonctions qui lui sont assignées* »[1475]. Mais c'est, plus encore, la mise en accusation de certains individus en tant que « *coauteurs d'un plan commun* »[1476] qui témoigne du glissement suscité par l'application du critère du contrôle sur le crime à la notion de commission conjointe. Cette inclinaison de la jurisprudence à s'écarter de la condition qu'elle a elle-même dégagé n'est pas sans conséquence. Elle désoriente l'imputation de la responsabilité en la centrant sur le plan commun, et non plus sur le crime comme cela devrait être le cas. Compte tenu de la finalité affectée au critère du contrôle sur le crime – à savoir permettre la sanction de ceux qui dirigent le crime en dépit de la distance qui les sépare du théâtre de leur commission – cette distorsion ne semble pas inopinée : elle sert pleinement les ambitions répressives de la jurisprudence en ce qu'elle axe la répression sur la phase de conception du projet criminel.

606. Relecture de la notion de commission indirecte. – Quelques temps plus tard, c'est la notion de commission indirecte qui sera à son tour relue à l'aune du critère du contrôle sur le crime. De prime abord, il est difficile de voir en quoi l'application de cette grille de lecture pourrait avoir une incidence sur la commission indirecte, puisqu'elle constitue, sans conteste, la manifestation topique de l'exercice d'un contrôle sur la perpétration du crime. Elle renvoie, par définition, à la situation dans laquelle l'auteur principal utilise une tierce personne comme

[1474] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Thomas Lubanga Dyilo*, préc., n°347.
[1475] CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°1000. V. aussi : CPI, judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, préc., n°466 : « *In the context of co-perpetration, it follows from the above that it is not required that a person actually carry out directly and personally the incriminated conduct in order to be a co-perpetrator* » et, plus encore, le paragraphe 469, où il est affirmé que : « *the essential contribution can be made not only at the execution stage of the crime, but also, depending on the circumstances, at its planning or preparation stage, including when the common plan is conceived* ».
[1476] CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°469.

un instrument pour commettre le crime[1477]. Les juges de la CPI ont d'ailleurs repris cette définition[1478]. Pour autant, ces derniers ont considéré que la théorie de l'auteur derrière l'auteur ne se limitait pas à cette stricte hypothèse. De leur point de vue, « *d'autres formes de contrôle peuvent être trouvées dans l'existence d'un appareil de pouvoir organisé de manière telle que les personnes qui sont à sa tête puissent être assurées que celles qui en sont membres réaliseront les éléments matériels du crime* »[1479], de sorte que la notion de commission indirecte doit être interprétée comme incluant la perpétration d'un crime par l'intermédiaire *d'une organisation*[1480]. Ce principe posé, la jurisprudence a identifié plusieurs conditions objectives. Elle exige, avant toute chose, que l'appareil de pouvoir au sein duquel intervient l'agent soit structuré selon un strict modèle hiérarchique. Pour elle, c'est en effet à cette seule condition que le contrôle du crime par le supérieur peut être acquis, en ce qu'il garantit l'exécution automatique des ordres qu'il formule[1481]. L'idée en arrière-plan est que l'organisation est alors réputée fonctionner de manière autonome, indépendamment de sa composition : « *le supérieur, alors, n'a pas besoin de contrôler la volonté de chacun des exécutants (…) puisqu'il sait que si un membre de l'organisation refuse d'obtempérer, un autre membre sera normalement disponible pour le remplacer et assurer, d'une manière ou d'une autre, l'exécution des ordres émis* »[1482]. Mais l'existence d'un appareil de pouvoir organisé et hiérarchisé n'est jamais qu'une condition préalable à la responsabilité de l'agent. Il faut, en outre, qu'il exploite effectivement le pouvoir de contrôle dont il dispose sur l'organisation pour la conduire à la commettre un crime[1483].

607. Troisième et dernière étape : combinaison des modes de commission existants et création de la notion de coaction indirecte. – Jusqu'alors extensive, l'interprétation de la jurisprudence est véritablement devenue créatrice lorsqu'elle a reconnu l'existence d'une quatrième forme de commission : la coaction indirecte. Dégagée dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo*, ce mode de participation inédit est le produit de la fusion des notions de commission conjointe et de commission indirecte, telles qu'interprétées à l'aune du contrôle sur le crime[1484].

[1477] G. WERLE, « Individual criminal responsibility under Article 25 of the Rome Statute », *JICJ*., vol. 5, 2007, p. 963. L'auteur ajoute que ce mode de commission est reconnu dans les principaux systèmes juridiques du monde.
[1478] CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°495.
[1479] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1403.
[1480] Cette interprétation a été pour la première fois livrée dans la décision suivante : CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°500. Elle sera par la suite embrassée par la jurisprudence postérieure : v. not. CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1403-1405.
[1481] V. Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°511-518 dans laquelle la Chambre préliminaire I procède à une analyse approfondie de cette condition préalable. V. aussi : CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1408-1409.
[1482] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1408. V. aussi : CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°515-518 ainsi que CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°778.
[1483] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1411.
[1484] Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°490-491. Ce quatrième mode de responsabilité pénale principale a été largement confirmé par la

À la première, la notion de coaction indirecte emprunte l'exigence d'une contribution essentielle de chaque coauteur à la réalisation du plan criminel commun ; à la seconde, le principe de l'exécution par l'intermédiaire d'une organisation. Vont alors pouvoir être saisies les situations dans lesquelles les contributions essentielles respectives des participants au plan commun sont réalisées par une organisation agissant sous leur contrôle[1485]. Demeure la question de savoir en quoi consiste, concrètement, la participation du coauteur indirect fondant sa responsabilité pénale. À cela, la jurisprudence répond que « *la contribution essentielle peut consister en l'activation des mécanismes aboutissant à l'exécution automatique des ordres qu'elles ont donnés* »[1486], ce qui signale que la tâche effectuée par le coauteur indirect ne doit pas forcément entretenir de lien *direct* avec la perpétration des crimes, mais qu'elle peut très bien être plus largement relative à l'organisation de la réalisation de l'entreprise d'ensemble[1487]. Cela revient à sanctionner un comportement consistant à coordonner l'exécution d'un plan criminel collectif[1488]. Or, ce type de comportement était jusqu'alors hors de portée. L'intérêt premier de ce nouveau mode de participation est ainsi d'ouvrir le champ de la responsabilité principale à la phase organisationnelle de l'entreprise criminelle et, par-là, d'atteindre ceux qui orchestrent la réalisation de processus criminels contre l'humanité ou génocidaire. Mais au-delà des sujets concernés, la coaction indirecte étend également le champ matériel de la responsabilité pénale principale puisqu'elle autorise à imputer au participant non seulement les

jurisprudence postérieure. V. not. : CPI, décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'*Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, préc., n°210 ; CPI, décision de confirmation des charges portées à l'encontre de *Laurent Gbagbo*, préc., n°230 ; CPI, *Situation au Darfour (Soudan), Affaire le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda*, décision relative à la confirmation des charges (ICC-02/05-02/09-243-Red), ch. prélim. I, 8 fév. 2010, n°154 ; CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *W. S. Ruto, H. K. Kogsey et J. A. Sang*, préc., n°287-292 ; CPI, *Situation in Darfur, The Sudan, The Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein*, Public redacted version of Decision on the Prosecutor's application under article 58 relating to Abdel Raheem Muhammad Hussein (ICC-02/05-01/12-1-Red) Pre-trial Chamber I, 1 march 2012, n°20 ; CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°772.

[1485] Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°522. V. aussi : CPI, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'*Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, préc., n°213 : « *la notion de coaction indirecte s'applique lorsque quelques-uns des coauteurs ou tous apportent leurs contributions essentielles respectives au plan commun par l'intermédiaire d'une autre personne* ».

[1486] Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°525 (nous soulignons). En ce sens également : CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *W. S. Ruto, H. K. Kogsey et J. A. Sang*, préc., 306.

[1487] La jurisprudence le sous-entend quand elle énonce que « *le Statut [de Rome] n'exige pas que le caractère essentiel d'une tâche soit lié à son accomplissement au stade de l'exécution* » : CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *W. S. Ruto, H. K. Kogsey et J. A. Sang*, préc., 306. V. aussi : Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°526 ; CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°779.

[1488] Les constatations judiciaires en rendent compte. V. par exemple : CPI, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'*Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, préc., n°221 où la contribution essentielle de l'accusé est établie au constat qu'« *Omar Al Bashir a joué un rôle essentiel dans la coordination de la conception et de la mise en œuvre du plan commun* » ou encore CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *W. S. Ruto, H. K. Kogsey et J. A. Sang*, préc., n°308, dans laquelle la contribution alléguée de William Ruto est caractérisée au regard de « [son] *rôle central joué dans l'organisation, la coordination et la planification de l'attaque dirigée contre une partie spécifique de la population civile* », attaque qui constituait en l'occurrence l'objet du plan criminel commun poursuivi. Pour d'autres exemples, v. aussi : CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°852-853.

crimes commis par les exécutants répondant de son autorité, mais également les crimes perpétrés par des individus agissant sous le contrôle des autres coauteurs[1489]. Les avantages que procurent la notion de coaction indirecte, sur le plan répressif, sont manifestes. La Chambre préliminaire l'ayant fait émerger ne s'en est d'ailleurs pas cachée. Elle a clairement reconnu que « [s'en] *dégage une forme de responsabilité qui fournit à la Cour un instrument bien adapté pour évaluer la responsabilité des "hauts dirigeants"* »[1490]. Aussi, il n'est pas surprenant que la théorie de la coaction indirecte ait prospéré au sein de la jurisprudence de la CPI. De nombreuses décisions sont venues avaliser cette quatrième et nouvelle forme de responsabilité pénale principale. On peut, en particulier, noter que c'est sur ce fondement qu'ont été engagées les poursuites à l'encontre du Président Soudanais Omar Al Bashir et du Président Ivoirien Laurent Ggagbo[1491]. Le jugement *Ntaganda*, rendu plus récemment en 2019, illustre quant à lui l'application de la coaction indirecte à la responsabilité d'un chef militaire de haut rang[1492].

608. Transition. – En somme, la notion de coaction indirecte s'inscrit dans la même lignée que la notion d'entreprise criminelle commune : elle est un mode de responsabilité pénale principale créée par la jurisprudence à des fins utiles, pour faciliter la répression des décideurs des organisations criminelles à l'œuvre dans le contexte des crimes de masse. Mais au-delà de leur intérêt commun, ces deux doctrines partagent les mêmes défauts.

2- Les défauts des solutions adoptées par la jurisprudence

609. Atteinte aux principes fondamentaux du droit pénal. – Une chose est de constater l'efficacité d'une notion, une autre est de reconnaître son bien-fondé. Pour conclure en ce sens, encore faut-il pouvoir établir que les exigences des principes fondamentaux du droit pénal sont respectées. Or, tel n'est pas le cas lorsqu'on soumet les modes d'imputation inédits dégagés par la jurisprudence à l'épreuve des principes de légalité (a) et de responsabilité du fait personnel (b).

a- L'atteinte au principe de légalité

610. Principe de légalité. – Le principe de légalité est expressément visé par le Statut de Rome qui énonce qu'« *une personne n'est responsable pénalement en vertu du présent Statut que si son comportement constitue, au moment où il se produit, un crime relevant de la*

[1489] CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°780.
[1490] Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°492.
[1491] V. respectivement : CPI, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'*Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, préc., n°210-223 ; CPI, Décision de confirmation des charges portées à l'encontre de *Laurent Gbagbo*, préc., n°230-241.
[1492] CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°781-857.

compétence de la Cour »[1493]. Cela revient à exiger que la conduite criminelle ait été prévue par la loi (c'est l'aspect formel de la légalité) en des termes clairs et précis (aspect matériel de la légalité)[1494]. Ce standard a beau être moins rigide en droit international pénal qu'en droit interne dans la mesure où les normes légales ne constituent pas les seules sources de droit exploitables – le droit coutumier mais aussi le droit interne étant applicables à titre subsidiaire[1495] – il n'en demeure pas moins que nul ne saurait être déclaré responsable pénalement à raison d'un acte qui n'est pas déclaré illicite au moment où il est commis. Or les notions d'entreprise criminelle commune et de coaction indirecte peinent à satisfaire cette exigence.

611. Atteinte au principe de légalité emportée par la notion d'entreprise criminelle commune. – S'agissant de la première, les juges du TPIY ont essentiellement ancré l'existence de la théorie du but commun dans des jurisprudences de l'après-guerre dont la valeur de précédent peut être discutée[1496]. Difficile, dès lors, de voir dans l'entreprise criminelle commune l'expression d'*une pratique générale reconnue et acceptée comme étant le droit*, c'est-à-dire une règle formant le droit coutumier. Si la jurisprudence du TPIY s'en défend[1497], la doctrine incline majoritairement à constater l'absence de fondement de ce mode de responsabilité dans le droit existant, et déplore, en conséquence, une sérieuse entorse au principe de légalité[1498].

612. Atteinte au principe de légalité emportée par la notion de coaction indirecte. – Le même constat se dégage à l'examen de la théorie de la coaction indirecte développée par la jurisprudence de la CPI. Certes, par comparaison au travail fourni par leurs homologues des

---

[1493] Art. 22 du Statut de Rome.

[1494] Sur le principe de légalité en droit international pénal, v. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of international criminal law*, *op. cit*., n°113. Plus spécifiquement, sur la distinction entre la légalité formelle – exigence d'un texte – et la légalité matérielle – qualités du texte – qui est (parfois) opérée par la doctrine pénaliste française, v. not. C. CLAVERIE-ROUSSET, « La légalité criminelle », préc.

[1495] Art. 21 al. 1 du Statut de Rome.

[1496] J. D. OHLIN, « Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise », *J.I.C.J*, vol. 5, 2007, p. 75.

[1497] V. not. TPIY, *The Prosecutor v. Milutinovic et al*., Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise, Case No. IT-99-37-AR72, Appeals Chamber, 21 May 2003, n°18.

[1498] V. not. : A. BOGDAN, « Individual Criminal Responsibility in the Execution of a "Joint Criminal Enterprise" in the Jurisprudence of the *ad hoc* International Tribunal for the Former Yugoslavia », *ICLR*., 2006, pp. 118-220 ; J. D. OHLIN, « Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise », préc., n°75-76 ; S. MANACORDA, C. MELONI, « Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise : Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law », *JICJ*., vol. 9, 2011, p. 165 ; E. CLAVERIE, R. MAISON. « L'"entreprise criminelle commune" devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *Juger les crimes contre l'humanité vingt ans après le procès Barbie*, dir. P. Truche, ENS Editions, Lyon, 2009, p. 188. V. cependant A. CASSESE, « The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise », *JICJ*, vol. 5, 2007, p. 114 qui défend une position contraire – et minoritaire – selon laquelle « (…) *it is in customary international law that - whenever the Statute is silent – the Tribunal can find the general concepts of criminal law that it must apply on such matters as modes of responsibility, defences, etc. The Appeals Chamber rightly stressed that the word 'commit' has a broad purport that can legitimately be identified on the basis of customary international law. The Chamber also rightly stressed that the task of fleshing out that doctrine was dictated by, or at least was consonant with, the purpose of the Statute to prosecute all those responsible for serious crimes in the formerYugoslavia. Thus, instead of engaging in judicial creativity, the Tribunal fulfilled its proper task of finding and interpreting the law, so as to apply it to the specific case at issue* ».

TPI, les juges de la CPI ont déployé de sérieux efforts méthodologiques et didactiques aux fins de légitimer leur construction notionnelle. Mais leur interprétation n'en demeure pas moins critiquable à plusieurs égards.

613. La valeur coutumière discutable de la théorie du contrôle sur le crime. – D'abord, la reconnaissance coutumière du critère du contrôle sur le crime peut être mise en doute compte tenu de la faiblesse des sources invoquées par la jurisprudence de la CPI. Celle-ci a beau alléguer que cette notion est appliquée par de nombreux systèmes juridiques internes[1499], il apparaît, en réalité, qu'elle n'est connue que des droits allemands et espagnols[1500]. De la même façon, la réception de la théorie du contrôle par l'intermédiaire d'une organisation paraît assez marginale. Cette approche est essentiellement fondée dans les travaux de Claus Roxin[1501]. Si la Cour avance que « *de nombreuses juridictions nationales ont eu recours à la notion de contrôle exercé sur l'organisation pour tenir les plus hauts dirigeants d'une organisation responsables en tant qu'auteurs principaux* »[1502], il reste que sur les trois précédents judiciaires invoqués, deux se sont soldés par une décision infirmative en appel, au motif que cette théorie ne bénéficiait pas d'une assise suffisante pour que l'on puisse valablement s'y référer[1503]. La valeur de principe général du droit de la notion de contrôle sur le crime est, par conséquent, plutôt discutable.

614. La ratification sélective de la théorie du contrôle sur le crime. – Ensuite, à la pauvreté des sources invoquées s'ajoute une certaine tendance de la Cour à s'affranchir des principes afférant aux théories doctrinales sur lesquelles elle fonde la notion de coaction indirecte. Par exemple, au sens du père concepteur de la doctrine du contrôle sur le crime, Claus Roxin, seuls les individus intervenant au stade de *l'exécution* du plan criminel commun peuvent

---

[1499] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Thomas Lubanga Dyilo*, préc., n°330.

[1500] S. MANACORDA, C. MELONI, « Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise : Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law », préc., p. 170 ; A. GIL GIL, E. MACULAN « Current Trends in the Definition of Perpetrator by the International Criminal Court : From the Decision on the Confirmation of Charges in the Lubanga Case to the Katanga Judgment », *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, 2015, p. 354.
V. aussi : Separate opinion of judge Adrian Fulford, judgment *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 mars 2012. La critique, qui porte plus largement sur l'illégitimité de l'interprétation de la notion de commission admise par ses homologues dans l'affaire *Lubanga* est formulée dans l'opinion dissidente qu'il a produite.

[1501] C. ROXIN, "*Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 1963, pp. 193-207, cité par CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., p. 498.

[1502] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., p. 504.

[1503] V. Cour suprême d'Argentine, procès des *Juntas*, affaire n°13, n°23 et 24 cité dans la décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., p. 504. Par ailleurs, la Chambre préliminaire s'est référée à l'affaire *Stakić* dans laquelle la Chambre de première instance avait en effet décidé de se ranger derrière la théorie de la coaction indirecte, telle que ressortant des travaux de Claus Roxin, plutôt que d'appliquer la notion d'entreprise criminelle commune. V. TPIY, jugement *Stakić*, préc., n°440-441. La mention de cette décision est quelque peu curieuse dans la mesure où la Chambre d'appel a invalidé le recours à cette forme de responsabilité au motif qu'elle ne trouvait pas de fondement dans le droit international coutumier. V. TPIY, arrêt *Stakić*, préc., n°62.

être déclarés coauteurs, puisque c'est à cette seule condition, selon lui, que leur contribution peut être considérée comme essentielle au crime[1504]. La jurisprudence estime toutefois – sans d'ailleurs s'en justifier – que le Statut n'est pas aussi restrictif et qu'il autorise la mise en application de la coaction au stade préparatoire du crime[1505]. L'argument peine à convaincre dans la mesure où le Statut ne fait aucune mention du critère du contrôle sur le crime lorsqu'il définit la notion de commission en tant que fait de participation à l'infraction. Cet écart n'est pas le seul à pouvoir être relevé. La jurisprudence s'émancipe également des préceptes de la théorie du contrôle sur l'organisation. À suivre cette doctrine, l'appareil de pouvoir doit, en effet, être structuré selon un modèle hiérarchique postulant une accaparation absolue de l'autorité par le chef et une obéissance quasi absolue des subordonnés aux directives émises, ces derniers n'étant « *rien d'autre que des rouages remplaçables dans la machine de l'appareil de pouvoir* »[1506]. Le degré de contrôle identifié par Claus Roxin est donc particulièrement exigeant et difficilement concevable en dehors d'un régime dictatorial[1507]. Aussi n'est-il pas étonnant que la jurisprudence ait cherché à assouplir cette condition, sans quoi l'application de la coaction indirecte serait illusoire[1508]. Elle retient que la dynamique organisationnelle requise déborde le strict cadre des systèmes totalitaires et que l'existence de « *régimes d'entraînement intensifs, stricts et violents* »[1509] peut notamment satisfaire la condition tenant à l'existence d'un appareil de pouvoir hiérarchisé. Le bien-fondé de la théorie conceptualisée par la Cour, déjà relative, se trouve encore plus affaiblie par cette lecture sélective des doctrines auxquelles il est fait référence.

[1504] C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8e éd., Berlin, De Gruyter, 2006, p. 292 et s., cité par CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°526, n.b.p. n°689. A. GIL GIL et E. MACULAN « Current Trends in the Definition of Perpetrator by the International Criminal Court : From the Decision on the Confirmation of Charges in the Lubanga Case to the Katanga Judgment », préc., p. 355, où les auteurs soulignent que dans les systèmes où la théorie du contrôle sur le crime est adoptée, la doctrine majoritaire se range derrière les préceptes de Claus Roxin.

[1505] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°526.

[1506] K. AMBOS, « Command responsibility and *Organisationsherrschaft* : ways of attributing international crimes to the "most responsible" », *System criminality in international law*, dir A. Nollkaemper et H. van der Wilt, Cambridge, 2009, p. 144.

[1507] Claus Roxin a conceptualisé sa doctrine du contrôle sur le crime à partir des évènements de la seconde guerre mondiale et du fonctionnement du système totalitaire nazi, ce qui explique que sa théorie repose sur l'existence d'appareil de pouvoir organisé selon un modèle aussi strict.

[1508] Le standard hiérarchique sur lequel repose la théorie du contrôle de l'organisation telle que conçue par Claus Roxin apparaît effectivement trop élevé pour pouvoir être satisfait. Comme cela a été dit lors de l'étude de la responsabilité du supérieur hiérarchique (v. *supra*, n°584), le fonctionnement des organisations criminelles contre l'humanité ou génocidaire n'est pas aussi strictement structuré. Bien au contraire, il apparaît que la réalisation du projet criminel global est le plus souvent laissée à l'initiative locale, ce qui est peu compatible avec les exigences du critère du contrôle sur l'organisation. En ce sens, v. not. : K. AMBOS, « Command responsibility and *Organisationsherrschaft* : ways of attributing international crimes to the "most responsible" », préc., p. 144 ; N. JAIN, « The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law », *Chicago Journal of international criminal law*, vol. 12, 2011, p. 193.

[1509] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Germain Katanga* et *Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., n°518. V. aussi : CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1410.

615. L'absence d'ancrage de la coaction indirecte dans la théorie du contrôle sur le crime. – Enfin, la théorie du contrôle sur le crime sur laquelle s'est appuyée la jurisprudence n'autorise pas la mise en cause de la responsabilité pénale d'une personne pour avoir conjointement commis un crime perpétré par l'intermédiaire d'une organisation. Si tel était le cas, l'élaboration de la notion de coaction indirecte aurait été superflue ; il aurait suffi à la Cour de faire application des notions de commission conjointe ou de commission indirecte telles qu'interprétées selon le critère du contrôle exercé sur le crime. Mais l'analyse des faits de l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui* démontre bien que ces modes de participation, même dans leur version enrichie, ne pouvaient satisfaire les ambitions répressives de la Cour. Un auteur l'a très clairement exposé : « *Le succès de l'attaque contre Bogoro dépendait de l'action conjointe et coordonnée entre Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui car leurs subordonnés respectifs n'exécutaient pas les ordres donnés par l'autre [...]. Dans ces circonstances, la notion [de structure de pouvoir organisée] pouvait difficilement s'appliquer car il n'était pas possible de déterminer à quel groupe armé en particulier les auteurs directs appartenaient. En outre, la notion de coaction fondée sur le contrôle exercé conjointement sur le crime ne pouvait s'appliquer car aucun des membres du plan commun n'avait directement commis les crimes qui ont eu lieu au cours de l'attaque contre Bogoro [...]. De ce fait, la Chambre préliminaire I de la CPI a appliqué la notion de commission indirecte sur la base de la structure de pouvoir organisée et du contrôle conjoint* »[1510]. Ainsi, la notion de coaction indirecte a-t-elle une portée plus large que la théorie du contrôle sur le crime. Même à considérer que la doctrine du contrôle sur le crime constitue un principe général du droit applicable devant la CPI, il resterait donc impossible d'en inférer un quelconque ancrage de la coaction indirecte dans le droit existant[1511].

616. Transition. – Il ressort de ces différentes observations que la notion de coaction indirecte n'est pas plus respectueuse des exigences de la légalité criminelle que la notion d'entreprise criminelle commune. Du reste, il ne s'agit pas de la seule critique pouvant être formulée. Le principe de responsabilité du fait personnel est également fortement éprouvé par ces modes d'imputation jurisprudentiels.

[1510] H. OLÁSOLO, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishing, 2010, pp. 319-320, cité (et traduit) dans l'opinion concordante de la juge Christine Van den Wyngaert annexée au jugement *Ngudjolo*, ICC-01/04-02/12-4-tFRA, 18 déc. 2012, n°63, n.b.p. n°79. En ce sens également : J. D. OHLIN, E. VAN SLIEDREGT et THOMAS WEIGEND, « Assessing the Control-Theory », *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, p. 736.

[1511] A noter que le bien-fondé du recours à la notion de coaction indirecte n'est pas uniquement discutée en doctrine. Elle divise également les juges de la Cour pénale internationale. Outre les critiques formulées par le juge Adrian Fulford dans son opinion dissidente précitée, la juge Christine Van den Wyngaert s'est également employée à démontrer l'invalidité de l'interprétation de la notion de commission admise par la jurisprudence et plus spécifiquement l'absence de fondement de la notion de coaction indirecte dans plusieurs opinions, concordantes ou dissidentes selon les cas. V. not. : Opinion concordante de la juge Christine Van den Wyngaert annexée au jugement *Ngudjolo* précitée, n°58 et s., mais également : Opinion de la Minorité présentée par la juge Christine Van den Wyngaert annexée au jugement *Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436-AnxI-tFRA, 7 mars 2014, n°278 et s.

b- L'atteinte au principe de responsabilité du fait personnel

617. Principe de responsabilité du fait personnel. – L'attribution de la responsabilité pénale est soumise à un principe élémentaire : un individu ne peut être déclaré responsable que de son propre fait[1512]. Cela signifie qu'aucune infraction ne peut être reprochée à un individu qui n'a pas personnellement pris part à sa réalisation. Cette règle n'est pas exposée précisément en ces termes dans les corpus normatifs de droit international pénal, mais elle ressort néanmoins implicitement des dispositions statutaires régissant l'attribution de la responsabilité pénale : pour être punissable, le fait de participation visé doit impérativement être rattaché à *la commission ou à la tentative de commission d'un crime*[1513], quel que soit son agencement matériel. Il ne fait aucun doute que la physionomie des infractions internationales complexifie l'identification de ce fait personnel. Mais cela ne dispense pas le juge de procéder à sa recherche. Aussi multiples et imbriquées puissent être les participations à l'entreprise criminelle, il incombe d'établir que l'accusé a pris part à la perpétration d'une conduite défendue pour que sa responsabilité pénale puisse être engagée. Son comportement doit ainsi pouvoir être rattaché à la réalisation d'une des infractions sous-jacentes incriminées par les Statuts. Or le problème, fondamental, soulevé par les modes d'imputation dégagés par la jurisprudence des TPI et de la CPI est qu'ils ne pourvoient pas à cette exigence cardinale.

618. L'atteinte au principe de responsabilité du fait personnel par la notion d'entreprise criminelle commune. – L'atteinte au principe de responsabilité du fait personnel peut d'abord être constatée à l'endroit de la notion d'entreprise criminelle commune créée par la jurisprudence des TPI. L'approche subjective de la responsabilité qu'elle sous-tend implique que l'imputation repose presque essentiellement sur le but poursuivi par l'auteur. Sur le plan matériel, il faut seulement vérifier que l'individu a contribué « *d'une manière ou d'une autre* »[1514] à l'objectif commun. Puisqu'il n'est aucune exigence spéciale quant à la nature du concours, toute forme de participation à l'entreprise est donc génératrice de responsabilité pénale, quel que soit son objet. Il s'ensuit que l'entreprise criminelle commune permet de mettre en accusation toute classe de participants, qu'il s'agisse d'exécutants ou d'organisateurs de l'entreprise. La doctrine anglo-saxonne, jouant avec l'acronyme JCE utilisé pour désigner l'entreprise criminelle commune, a substitué à la formule *Joint Criminal Entreprise* celle de *Just Convict Everyone*, afin de mettre en évidence l'élasticité du mode d'imputation consacré[1515]. Mais, moins que l'ampleur du cercle des responsables éventuels – qui se justifie pour peu que les personnes en question aient bien pris part à la réalisation d'un crime –, c'est

[1512] Dans le droit interne français, ce principe est inscrit à l'article 121-1 du Code pénal, lequel dispose que « *nul n'est pénalement responsable que de son propre fait* ».
[1513] Art. 7 al. 1 du Statut du TPIY ; art. 6 al. 1 du Statut du TPIR ; art. 25 al. 3 du Statut de Rome.
[1514] TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°229.
[1515] M. E. BADAR, « "Just Convict Everyone!" – Joint Perpetration : From *Tadić* to *Stakić* and Back Again », *ICLR*, 2006, vol. 6, p. 302.

le fait que cette technique d'imputation autorise à mettre au compte des différents participants *l'ensemble* des crimes s'intégrant à l'entreprise criminelle, sans considération pour le rôle qu'ils ont joué dans leur commission, qui apparaît critiquable. En effet, à partir du moment où un individu contribue au plan commun, il peut être déclaré auteur de tous les crimes découlant de son exécution sans que cela requière qu'il ait personnellement pris part à leur commission. Ainsi la notion d'entreprise criminelle commune soustrait-elle la responsabilité pénale à l'exigence d'un fait personnel.

Cette entorse apparaît quelle que soit la classe de participants considérée, mais elle est d'autant plus flagrante lorsqu'on se penche sur le sort des exécutants du plan commun. La notion d'entreprise criminelle commune, en effet, ne requiert pas que l'action collective soit coordonnée[1516]. Or la seule similitude des infractions commises ne saurait justifier la responsabilité solidaire de leurs auteurs. En effet, la coaction repose en théorie sur l'interdépendance des participants à l'infraction : chacun d'entre eux doit avoir joué un rôle déterminant dans sa commission, au sens où celle-ci n'aurait pas pu être accomplie sans leurs contributions respectives[1517]. Ainsi, il ne suffit pas que les auteurs soient animés d'un même état d'esprit coupable. Il faut établir, de surcroît, leur « *influence fonctionnelle partagée sur la réalisation de l'infraction* »[1518] pour qu'ils puissent être tenus pour coauteurs de l'infraction commise. La notion d'entreprise criminelle commune fait totalement abstraction de cette condition et elle est, en cela, hautement contestable.

La même critique peut être formulée relativement à la situation des organisateurs de l'entreprise criminelle. Le problème se pose toutefois en des termes différents puisque la participation de cette classe d'individus se rapporte à la mise en place de la structure au sein de laquelle les crimes vont être commis. Dans ce cas de figure, on pourrait considérer qu'il existe nécessairement un lien, même indirect, entre le fait personnel de l'agent et les crimes commis par les exécutants puisqu'aucune infraction n'aurait jamais été accomplie en l'absence d'un tel système criminel. Ce serait toutefois méconnaître deux réalités. D'une part, celle voulant que le plan commun n'a pas à être intrinsèquement criminel – étant admis qu'il suffit le plan *implique* la perpétration de crimes[1519] –. Dans le cas où la participation de l'agent se rapporterait à l'organisation d'un aspect licite du plan ourdi, il ne pourrait alors pas être établi de lien entre son fait et les crimes commis. D'autre part, l'entreprise criminelle commune, dans sa forme

---

[1516] O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, *op. cit*., p. 381.

[1517] K. AMBOS, « Article 25 – Individual criminal responsibility », *The Rome Statute of the International Criminal Court*, *op. cit*., p. 988, n°8. V. aussi : H. OLÁSOLO, A. P. CEPEDA, « The Notion of Control of the Crime and Its Application by the ICTY in the Stakic Case » *ICLR* 2004, p. 497 ; G. WERLE, « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute », *JICJ*, 2007, p. 958. Cette conception de la coaction, fondée dans l'interdépendance matérielle des participants, se retrouve également dans la doctrine française : v. E. BARON, *La coaction en droit pénal*, *op. cit*., n°279 et s. (spécif. n°281, 287 et 315).

[1518] TPIY, arrêt *Simić,* préc., Opinion dissidente du juge Shomburg, n°15. L'opinion dissidente formulée contestant le bien-fondé de la théorie de l'entreprise criminelle commune.

[1519] TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°227, où la condition de but commun est définie comme l'« *existence d'un projet, dessein ou objectif commun qui consiste à commettre un des crimes visés dans le Statut ou en implique la perpétration* » (nous soulignons).

élargie, permet d'imputer aux participants des crimes qui excèderaient les prévisions du plan initial[1520]. Dans cette hypothèse, même si l'infraction s'inscrit dans le cadre de l'entreprise, elle n'est pas le prolongement du fait personnel du dirigeant. Ces deux remarques démontrent ainsi que participer au plan commun n'équivaut pas nécessairement à participer à la réalisation des infractions. Certes, on pourra estimer que la culpabilité des dirigeants de l'entreprise est si intense qu'elle compense leur absence d'implication dans la commission des crime. Mais la nécessité de sanctionner les décideurs ne saurait justifier toute entorse aux principes du droit pénal. Dans la mesure où la responsabilité pénale est ancrée dans la commission d'une infraction, il faut pouvoir établir la contribution subjective et objective de l'agent à la réalisation du comportement incriminé, en l'occurrence un comportement d'exécution de l'entreprise. Que le dirigeant tolère, voire soutienne, les crimes commis vérifie, tout au plus, l'élément moral de sa participation. Il reste que cette donnée ne saurait suppléer l'élément matériel de la participation. L'engagement de la responsabilité pénale des organisateurs doit reposer sur l'existence d'un lien d'action entre leurs agissements et l'acte d'exécution incriminé pour être conforme aux exigences théoriques. Il s'ensuit que ces derniers ne devraient pas pouvoir être déclarés auteurs de l'ensemble des forfaits commis au sein de l'entreprise, sans qu'il soit fait état de leur part de responsabilité objective.

Ainsi fortement attentatoire au principe de responsabilité du fait personnel, la notion d'entreprise criminelle commune a essuyé de nombreuses et virulentes critiques en doctrine mais aussi de la part de certains juges des TPI. Tous ont unis leurs voix pour contester la « *diffusion de la culpabilité* »[1521] induite par ce mode d'imputation et, par-là même, l'instauration d'une forme de responsabilité collective[1522] en contradiction totale avec les principes du droit pénal.

619. L'atteinte au principe de responsabilité du fait personnel par la notion de coaction indirecte. – En comparaison, moins de reproches ont été adressés à la théorie de la coaction indirecte développée par la jurisprudence de la CPI, ce qui tient au fait qu'elle intègre une condition limitante à l'engagement de la responsabilité pénale : l'exercice d'un contrôle sur le crime. L'introduction de cette exigence réduit effectivement le champ des auteurs principaux. De l'excessif « *just convict everyone* », on serait passé à un plus raisonnable « *just catch a few*

[1520] V. *supra*, n.b.p. n°1440.

[1521] E. CLAVERIE, R. MAISON, « L'"entreprise criminelle commune" devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », préc., p. 185.

[1522] *Ibid*., p. 181. V. aussi : E. VAN SLIEDREGT, « Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide », *JICJ*, vol. 5, 2007, p. 188 ; S. MANACORDA, C. MELONI, « Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise : Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law », préc., pp. 166-167 ; G. P. FLETCHER, J. D. OHLIN, « Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case », *JICJ*, vol. 3, 2005, p. 548 et s. ; E. BADAR, « "Just Convict Everyone!" – Joint Perpetration : From *Tadić* to *Stakić* and Back Again », préc., p. 301 ; A. M. DANNER, J. S. MARTINEZ, « Guilty Associations : Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law », *California Law Review*, vol 93, 2005, n°134-137 ; H. OLÁSOLO, « Reflections on the Treatment of the Notions of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakić Appeal Judgement », *ICLR*, vol. 7, 2007, p. 157.

of them »[1523]. Néanmoins, ce n'est pas parce qu'elle est plus circonscrite que la responsabilité pénale est nécessairement plus fondée ; encore faut-il pouvoir établir que le critère du contrôle exercé sur le crime répond aux exigences de la responsabilité individuelle. À première vue, il n'y a pas lieu d'en douter. En requérant l'exercice d'une influence décisive sur la situation infractionnelle – même partagée ou indirecte –, la jurisprudence cristallise, en théorie du moins, l'exigence d'un lien entre le fait personnel de l'agent et la commission du crime. Certains auteurs ont d'ailleurs salué le changement initié par la jurisprudence de la CPI, estimant que le critère du contrôle sur le crime était bien plus convaincant que le critère subjectif admis par la jurisprudence des TPI[1524].

Le problème, toutefois, demeure que la pratique judiciaire est peu conforme à la théorie. La jurisprudence a en effet façonné la doctrine du contrôle sur le crime de façon à satisfaire ses aspirations répressives, et ce au détriment de l'effectivité des garanties existantes. D'une part, telle que conçue par la jurisprudence, la notion de coaction indirecte n'appelle pas précisément l'exercice d'un contrôle *sur le crime*, mais un contrôle *sur le plan criminel commun*[1525]. Ces deux propositions ne sont pourtant pas équivalentes, dans la mesure où le plan commun n'a pas à viser spécifiquement la perpétration d'un crime. Il suffit qu'il « *comprenne un élément essentiel de criminalité* »[1526], c'est-à-dire qu'il emporte le risque qu'une infraction soit commise dans le cours normal des évènements. Or, la suffisance d'un risque criminel s'accommode mal avec l'idée de contrôle : comment les participants pourraient-ils contrôler un évènement qu'ils n'auraient pas envisagé dans le plan initial ? Dans ces conditions, le lien entre le fait de l'agent et la survenance de l'infraction devient incertain. De plus, et quand bien même le plan commun serait intrinsèquement criminel, il apparaît, d'autre part, que la notion de contrôle est si souplement appréhendée que l'exigence d'un fait personnel se trouve malmenée. En effet, la jurisprudence retient que le contrôle du crime se caractérise par l'apport d'une contribution essentielle et coordonnée à la réalisation du plan commun[1527]. Or cette approche soulève plusieurs objections. Premièrement, la temporalité de la participation met en doute la réalité du contrôle allégué : peut-on vraiment considérer que celui qui intervient au stade préparatoire a véritablement la mainmise sur le crime, qu'il décide « *si l'infraction sera commise, et comment* »[1528] – pour reprendre la formule employée par la jurisprudence –, alors même que la

---

[1523] O. DE FROUVILLE, « Joint criminal enterprise and coaction : a comparaison », *Punir les crimes de masse : entreprise criminelle commune ou coaction ?*, Actes de la journée d'études du 14 mai 2010, coll. droit et justice, 2012, p. 138.

[1524] G. WERLE, « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute », préc., p. 962. V. aussi : H. OLÁSOLO, « Reflections on the Treatment of the Notions of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakić Appeal Judgement », préc., pp. 156-158 qui regrette que la Chambre d'appel du TPIY ait désavoué la solution dégagée par la Chambre de première instance dans le jugement *Stakić*, à savoir la substitution du critère du contrôle sur le crime, tel qu'admis par la CPI, au critère du but commun. Selon cet auteur, cela aurait permis de dépasser les problèmes posés par la notion d'entreprise criminelle commune.

[1525] V. *supra*, n°606

[1526] CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°984 et n°987..

[1527] V. *supra*, n°606.

[1528] CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°1003.

perpétration de l'infraction dépend tout entière du choix final de l'exécutant[1529]? La deuxième limite tient à la manière dont est apprécié le caractère essentiel de la contribution par la jurisprudence. Celle-ci estime qu'il découle « *du rôle et des fonctions qui sont assignés* [au participant] »[1530] relativement à la mise en œuvre du plan commun. En d'autres termes, le contrôle fonctionnel du crime est déduit de la répartition des tâches effectuées dans le cadre de la réalisation du projet d'ensemble. Cette analyse *ex ante* de la situation infractionnelle est trop abstraite pour satisfaire le principe de responsabilité du fait personnel. Elle ne permet pas de discerner pleinement l'implication de l'agent dans la commission du crime : celui-ci pourrait très bien être affecté à une tâche *a priori* cruciale laquelle se révèlerait, en définitive, d'une importance mineure, par exemple parce que la conjoncture aurait évolué rendant la mission obsolète.

Enfin, et c'est là le troisième point, à focaliser l'analyse sur le *rôle* et les *fonctions* assignés au participant, la jurisprudence de la CPI en vient à fonder la responsabilité pénale principale sur la seule position hiérarchique de l'accusé au sein de l'organisation criminelle, sans même qu'il ne soit fait état de son engagement actif dans la réalisation du plan commun. L'affaire *Lubanga* fournit un exemple éclairant. L'appréciation du rôle tenu par l'accusé dans le cadre du plan commun, qui en l'occurrence avait pour objet le recrutement d'enfants soldats, a été réduite à la question de savoir s'il dirigeait l'organisation ayant conduit le plan commun, soit l'UPC/FPLC[1531]. Cette fonction de commandement général avérée, la Chambre estima que Thomas Lubanga avait effectivement contribué de manière essentielle à la réalisation du plan criminel. Au regard des faits de l'espèce, la déduction paraît toutefois quelque peu hasardeuse. Certes, l'accusé exerçait une autorité sur les troupes en cause. Mais concernant spécifiquement la mise en œuvre du plan, celui-ci s'était borné à visiter les camps d'entrainement militaires ainsi qu'à utiliser certaines des recrues comme gardes du corps[1532], ce qui peine à convaincre de l'importance de sa collaboration au système criminel[1533] et affaiblit, dès lors, le bien-fondé de sa condamnation en tant que responsable principal des infractions commises.

En somme, le critère du contrôle sur le crime, d'abord élargi à un contrôle du plan commun, puis à un contrôle de l'organisation criminelle, autorise à imputer la responsabilité pénale d'un crime à un individu qui n'a joué qu'un rôle mineur, voire hypothétique, dans sa

---

[1529] A. GIL GIL, E. MACULAN « Current Trends in the Definition of Perpetrator by the International Criminal Court : From the Decision on the Confirmation of Charges in the Lubanga Case to the Katanga Judgment », préc., p. 358. En ce sens également : J. D. OHLIN, E. VAN SLIEDREGT, THOMAS WEIGEND, « Assessing the Control-Theory », *Leiden Journal of International Law*, préc., p. 728.
[1530] CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°1000.
[1531] CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°1221.
[1532] CPI, jugement *Lubanga*, préc., n°1270.
[1533] En sens, v. A. GIL GIL, « Responsabilidad penal individual en la sentencia Lubanga. Coautoría » in K. AMBOS, E. MALARINO et C. STEINER, (Dir), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional : el caso Lubanga*, Berlin, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 279-280 et p. 288. Pour une critique du même ordre, mais en lien cette fois avec la décision de confirmation des charges (qui recèle au fond des constatations semblables), T. WEIGEND « Intent, Mistake of Law, and Co-Perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges », *JICJ*, vol. 6, 2008, pp. 485-487.

commission. Si la notion de coaction indirecte semble moins excessive que la notion d'entreprise criminelle commune, en ce qu'elle limite le cercle des responsables principaux aux dirigeants, il n'en emporte pas moins les mêmes atteintes au principe de responsabilité individuelle puisqu'elle outrepasse l'exigence d'un lien certain entre l'infraction et les agissements de l'individu dont la responsabilité pénale est alléguée.

620. Transition. – La solution dégagée par la jurisprudence pénale internationale pour pallier l'absence d'incrimination des actes d'organisation de l'entreprise d'ensemble doit donc être reconsidérée compte tenu des défauts majeurs que présentent les modes de responsabilité consacrés. Plusieurs propositions sont possibles mais le meilleur moyen de remédier aux imperfections du système répressif international est, semble-t-il, de l'enrichir de nouvelles infractions qui viendraient s'appliquer au comportement des organisateurs des systèmes criminels contre l'humanité ou génocidaire.

B. La création de normes d'incrimination novatrices, une solution préférable

621. Les solutions alternatives envisagées par la doctrine – Soucieuse de voir les dirigeants des entreprises criminelles d'ensemble dûment poursuivis et condamnés, mais désireuse de préserver les principes fondamentaux du droit pénal, la doctrine a préconisé des solutions alternatives à celles retenues par la jurisprudence pénale internationale, particulièrement à l'endroit de la coaction indirecte, puisque c'est devant la CPI que se concentrera le contentieux à venir.

622. Raisonner sur la participation à l'activité criminelle d'un groupe agissant de concert : une solution insatisfaisante. – D'aucuns appellent à une lecture stricte du Statut de Rome et considèrent que la question de la responsabilité des hauts dirigeants ne peut trouver aucune solution étrangère aux dispositions textuelles. La réflexion, ainsi conduite à partir d'une analyse des règles légalement prévues, débouche sur la proposition d'appliquer de manière subsidiaire deux normes d'imputation existantes : la commission indirecte et la contribution à l'activité criminelle d'un groupe agissant de concert[1534]. Si tant est que l'organisation collective en cause revête effectivement les caractères d'un appareil de pouvoir strictement hiérarchisé, la première solution devrait être privilégiée car elle présente l'avantage d'exprimer une responsabilité principale. À défaut – ce qui risque d'être souvent le cas dans la mesure où peu d'organisations vont vraisemblablement satisfaire le degré d'organisation structurelle requis –, il faudrait se résigner à appliquer le mode de responsabilité résiduel que constitue le concours

[1534] A. GIL GIL, E. MACULAN « Current Trends in the Definition of Perpetrator by the International Criminal Court : From the Decision on the Confirmation of Charges in the Lubanga Case to the Katanga Judgment », préc., p. 370.

à l'activité criminelle d'un groupement, quitte à retenir une qualification recelant un degré de culpabilité moindre, à savoir la qualité de complice. Pour remédier à cette dernière difficulté, certains auteurs proposent d'apposer l'étiquette d' « *auteur intellectuel* » à l'agent déclaré coupable dans le dispositif de la décision de jugement[1535], quand bien même la responsabilité pénale serait techniquement fondée sur les règles de la complicité. Si cette proposition doctrinale a le mérite de promouvoir une stricte lecture des textes, encore que l'ouverture de la commission par l'intermédiaire *d'une autre personne* à la commission par l'intermédiaire *d'une organisation* puisse être discutée, il apparaît ainsi qu'elle ne parvient à dépasser le « *Hilter-as-accessory dilemma* »[1536] qu'au prix de certaines confusions qui risquent d'entamer la cohérence des décisions rendues et, plus largement, celle de la justice pénale internationale. De ce point de vue, il paraît préférable d'envisager une autre solution.

623. Créer un (énième) mode de participation criminelle inédit : une solution insatisfaisante. – Celle-ci pourrait être trouvée dans la proposition effectuée par un courant doctrinal allemand, qui préconise la création d'un mode de participation inédit dont l'objet ne serait plus le crime sous-jacent, mais l'action collective au sein de laquelle sa commission s'insère[1537]. Si elle est moins orthodoxe que la première, cette solution a su séduire en ce qu'elle permettrait la mise en place d'un mode de responsabilité proprement dédié à ceux qui contribuent à instaurer le système criminel d'ensemble tout en restant éloignés du terrain de commission des infractions[1538]. S'engager dans cette voie reviendrait à entériner la solution adoptée par la jurisprudence, à la différence toutefois que les juridictions n'auraient même plus à s'efforcer de rattacher le fait de participation à un crime spécifique – si tant est qu'elles y procèdent véritablement – ; il leur suffirait d'établir que l'agent a concouru à organiser l'entreprise collective pour engager sa responsabilité. Cette construction doctrinale permettrait, certes, de renouer avec le principe de légalité, en procurant un fondement légal aux constructions jurisprudentielles dégagées. Mais elle présente les mêmes défauts substantiels que la solution qu'elle reconduit : elle néglige, en effet, l'exigence d'un lien suffisant entre le fait personnel de l'agent et les crimes allégués et met à mal, par conséquent, le principe de

---

[1535] *Ibid*., p. 371.

[1536] Expression empruntée à J. G. STEWART, « The End of Modes of Liability for International Crimes », préc., p. 168. Sur ce point, v. *supra*, n°576.

[1537] K. MARXEN, « Beteiligung an schwerem systematischen Unrecht. Bemerkungen zu einer volkerstrafrechtlichen Straftatlehre », in K. LÜDERSSEN (dir.), *Aufgekldrte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Bdse ? Band III, Makrodelinquenz,* Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 220-236 ; H. VEST, *Genozid durch OrganisatorischeMachtapparate*, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 240-243 ; K. AMBOS, « Article 25 », *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* dir. O. Triffterer, Munchen, Beck, 2nd ed., 2008, n°743-770 ; n°754-755. Ces sources sont tirées de l'article suivant : S. MANACORDA, C. MELONI, « Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise : Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law », préc., n.b.p. n°90.

[1538] S. MANACORDA, C. MELONI, « Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise : Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law », préc., pp. 177-178.

responsabilité du fait personnel. Ainsi convient-il de s'en détourner et de rechercher une autre solution.

624. Solution proposée : incriminer les actes d'organisation de l'entreprise d'ensemble en infractions autonomes. – À l'analyse, le problème fondamental des solutions proposées par la jurisprudence comme par la doctrine réside dans le fait qu'elles procèdent toutes, sans exception, d'une relecture des modes de responsabilité pénale. Mais cette démarche ne peut porter ses fruits, car la responsabilité pénale trouve toujours sa source dans la commission d'une *infraction pénale.* Or les actes d'organisation de l'entreprise d'ensemble, à proprement parler, ne sont pas constitutifs d'une infraction internationale. Ils participent, certes, de la mise en place du *contexte* de l'infraction, mais ils ne constituent pas, à eux seuls et en eux-mêmes, une *infraction* internationale, puisqu'aucune incrimination sous-jacente ne les vise à titre autonome. Au sens des textes, seuls des comportements d'exécution de l'entreprise d'ensemble peuvent constituer le crime contre l'humanité ou le génocide. Apparaît alors le nœud du problème : en l'état actuel du droit positif, la responsabilité pénale internationale ne peut avoir d'autre fait générateur qu'un acte d'exécution du système criminel global. Ainsi, on pourra s'évertuer à imaginer de nouvelles techniques d'imputation dans le but d'atteindre le fait des individus intervenant au cours de la phase préparatoire, il faudra toujours rapprocher ce fait de la commission d'un crime sous-jacent spécifique, sans quoi la responsabilité pénale serait techniquement sans objet. Or, c'est bien la caractérisation d'un tel lien qui pose difficulté, à défaut d'interdépendance matérielle entre les actes d'organisation et les actes d'exécution de l'entreprise criminelle d'ensemble. En effet, l'unité de l'action collective n'est pas cimentée par la cohésion des différentes participations entre elles. Elle tient uniquement à la communauté du résultat vers lequel tendent l'ensemble des actions individuelles. À cet égard, la question de la sanction des décideurs ne peut trouver de solution dans les règles de la responsabilité pénale, car elle se heurtera toujours à la nécessité d'établir l'existence d'un lien – dont la réalité est illusoire – entre leurs actes et le crime d'un exécutant. Le seul moyen de sortir de l'impasse est de revoir l'objet de la responsabilité pénale. Celle-ci doit pouvoir porter sur un acte d'organisation de l'entreprise d'ensemble, ce qui implique que de tels actes soient érigés en infractions autonomes. En clair, c'est par la refonte des normes *d'incrimination* et non par la refonte des normes *d'imputation* qu'il faut traiter la défaillance du système répressif international pénal.

625. Avantages de la solution proposée. – Par rapport aux autres solutions proposées ou adoptées pour dépasser les lacunes de l'ordre normatif international, ériger les actes d'organisation des entreprises criminelles en infraction autonome présente de nombreux avantages.

Avant toute chose, celui de mettre en conformité la sanction des dirigeants avec les principes fondamentaux du droit pénal. D'une part, le principe de légalité criminelle ne

souffrirait plus d'atteintes, puisque les comportements considérés seraient incriminés dans le Statut de Rome. L'illicéité de cette catégorie de participations serait ainsi formellement scellée. D'autre part, cette solution permettrait de préserver le respect du principe de responsabilité individuelle. Il existerait, alors, des infractions pénales correspondant à la typicité criminologique du comportement des dirigeants, de sorte qu'il ne serait plus nécessaire de procéder à des constructions artificielles pour pouvoir les mettre en accusation. La responsabilité pénale internationale pourrait, en effet, être directement fondée sur la contribution à la mise en place du système criminel d'ensemble. Ainsi les dirigeants pourraient-ils être poursuivis – et éventuellement condamnés – à raison de leur fait propre, non plus à raison d'un comportement d'exécution auquel ils n'ont pas personnellement pris part. Mais ce ne sont pas les seuls intérêts qu'il y aurait à incriminer les actes d'organisation de l'entreprise en infraction autonome. Au-delà, d'autres avancées pourraient en résulter.

En premier lieu, la valeur expressive des condamnations serait renforcée. À défaut d'incrimination des actes d'organisation des entreprises criminelles dans le droit positif actuel, les chefs d'accusation retenus à l'encontre des dirigeants, tels que des chefs de viol, de torture ou de pillage pour prendre l'exemple du président soudanais Al Bashir[1539], ne reflètent pas le comportement qu'ils ont véritablement adopté. En enrichissant le droit international pénal de telles incriminations, l'objet de la déclaration de culpabilité coïnciderait avec ce qui leur est fondamentalement reproché, c'est-à-dire l'orchestration du système criminel global. Les condamnations prononcées, plus cohérentes, gagneraient nécessairement en légitimité.

En deuxième lieu, la refonte des normes d'incriminations permettrait de revenir à une lecture stricte des modes d'imputation prévus par le Statut. Il n'y aurait plus besoin de les distordre pour atteindre les dirigeants, car les infractions existantes pourraient s'appliquer sans difficulté à leurs agissements. Les règles d'imputation gagneraient en lisibilité, en particulier la notion de commission qui, à force d'extension, présente aujourd'hui des contours flous.

En troisième lieu – et l'intérêt est cette fois d'ordre répressif – incriminer les actes d'organisation en infraction autonome offrirait la possibilité de poursuivre tous ceux qui ont participé, non seulement à titre principal mais également à titre accessoire, à la mise en place de l'entreprise d'ensemble. Les règles de la complicité pourraient en effet être appliquées pour mettre en accusation ceux qui auraient simplement collaboré à l'instauration du système criminel, sans avoir eu toutefois le contrôle des évènements. Ainsi, le champ de la responsabilité pénale se trouverait étendu, mais cela permettrait, en outre, de différencier les différentes formes de contribution à l'organisation de l'entreprise d'ensemble, selon le degré de culpabilité qu'elles recèlent. En d'autres termes, les participations à l'organisation du système criminel pourraient être hiérarchisées.

[1539] CPI, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'*Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, préc., p. 100 (v. le dispositif de la décision).

Enfin, en quatrième lieu, si les actes d'organisation de l'entreprise criminelle étaient criminalisés, il deviendrait possible de les poursuivre de manière autonome, sans attendre que des crimes aient été massivement commis. Cette anticipation de la répression pourrait permettre de prévenir la réalisation des atrocités caractérisant les crimes contre l'humanité et le génocide ; mais encore faudrait-il que la justice pénale internationale puisse intervenir instamment, ce qui, il faut bien le reconnaître, n'est pas pour l'heure garanti.

Toujours est-il que les autres avancées contemplées ne sont pas utopiques. L'incrimination des actes d'organisation des entreprises criminelles et génocidaires présente un intérêt aussi certain que manifeste pour la justice pénale internationale. Aussi apparaît-il nécessaire d'envisager sérieusement la refonte du Statut de Rome pour consacrer de telles infractions ; c'est à cette seule condition que les avancées mises en lumière pourront passer de l'état de virtualité à celui de réalité.

626. Méthode. – Cette solution admise, il reste encore à déterminer si, et comment, l'incrimination des actes d'organisation des entreprises criminelles contre l'humanité et génocidaire en infraction internationale peut être concrétisée. Concernant la procédure de révision en tant que telle, les réponses utiles sont fournies par le Statut de Rome lui-même : son article 121 ménage, en effet, la possibilité aux États parties de formuler des amendements à son texte. Il suffirait donc que l'un d'entre eux exploite cette ressource pour proposer la consécration de nouvelles incriminations. Juridiquement, la réforme du Statut est donc envisageable. C'est, en réalité, sur le plan politique que devraient se situer les principales difficultés, l'adoption d'amendements pouvant être compliquée à obtenir. Il faut toutefois espérer que de tels obstacles puissent être dépassés et qu'un consensus soit trouvé parmi les représentants étatiques compte tenu de l'importance des enjeux en présence. Il leur reviendra, alors, de déterminer les modalités d'intégration de cette nouvelle norme d'incrimination au sein du Statut, ce qui appelle deux interrogations : *comment* et *où* définir cette infraction. S'agissant du premier point, le libellé des anciennes incriminations de complot ou d'entente pourrait servir de modèle. Mais on pourrait également s'appuyer sur la définition du crime d'agression qui incrimine précisément des actes d'organisation d'une entreprise d'agression armée. L'avantage de cette seconde option est que les définitions des infractions posées par le Statut de Rome seraient en harmonie. Par exemple, cette infraction pourrait être définie comme *la conception, la préparation, le lancement ou la mise à exécution* d'un projet (ou d'une politique) de crime contre l'humanité ou de génocide. *A priori*, pourraient alors être couverts tous les comportements d'organisation des entreprises criminelles. S'agissant de la localisation de cette incrimination nouvelle, deux possibilités existent. Celle-ci peut être intégrée soit aux articles 6 et 7 du Statut de Rome posant les définitions respectives du crime contre l'humanité et du génocide, soit au sein de l'article 25 du Statut comme c'est le cas de l'infraction d'incitation

directe et publique au génocide[1540]. La logique voudrait toutefois que l'on privilégie le premier terme de l'alternative, dès lors qu'il est question, ici, de définir une infraction internationale et non une règle d'attribution de la responsabilité pénale. C'est donc plutôt au sein des textes d'incrimination du crime contre l'humanité et du génocide qu'aurait sa place la nouvelle infraction sous-jacente sanctionnant les actes d'organisation de l'entreprise d'ensemble.

627. Conclusion de la Section 2. – En conclusion, la révision du Statut de Rome pour y intégrer de nouvelles infractions sanctionnant les actes d'organisation des entreprises d'ensemble est la meilleure réponse à apporter aux lacunes de l'ordre normatif international pénal. Il faut régler le problème à la source. Se contenter de traiter les effets de l'absence d'incrimination de cette catégorie de comportements par le jeu d'un aménagement des règles de la responsabilité pénale n'est pas une solution viable. L'analyse des notions d'entreprise criminelle commune et de coaction indirecte, créées dans cette optique par les juridictions pénales internationales, a permis de le montrer. Ces mécanismes ont, certes, permis à la jurisprudence de contourner les problèmes afférant à la sanction des dirigeants, mais au prix de sérieuses atteintes aux principes fondamentaux du droit pénal que sont la légalité criminelle et la responsabilité du fait personnel. Or, l'efficacité de la justice pénale internationale ne se mesure pas exclusivement à l'aune de la performance du système répressif. Elle repose également sur le bien-fondé des condamnations prononcées. Aucun de ces enjeux ne doit être sacrifié. Ils doivent former un parfait équilibre pour que la légitimité de la justice pénale internationale soit universellement reconnue. La refonte du Statut de Rome, et précisément l'incrimination en son sein de nouvelles infractions sanctionnant les actes d'organisation des entreprises criminelles contre l'humanité et génocidaire, permettrait d'atteindre ce balancement. C'est la raison pour laquelle il apparaît indispensable de s'engager dans cette voie, aussi important soient les efforts que devront fournir les États parties pour y parvenir.

[1540] Art. 25 al. 3, e) du Statut de Rome.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

628. L'infraction internationale par nature est structurée de telle façon que l'imputation de la responsabilité pénale repose entièrement sur les comportements sous-jacents incriminés. Or, les textes d'incrimination ne réservent qu'une place secondaire, pour ne pas dire insignifiante, aux actes d'organisation des entreprises illicites fournissant le cadre à la réalisation des crimes de masse. Cette pénalisation à la marge de la phase préparatoire des entreprises d'ensemble génère d'importantes difficultés répressives et par-là même de sérieux risques d'impunité susceptibles de bénéficier à ceux que l'on tient pour les premiers responsables des infractions internationales : les individus appartenant à la classe dirigeante.

629. *De lege lata*, il n'est en réalité qu'une seule infraction internationale incriminant des actes d'organisation à titre sous-jacent : le crime d'agression. Certaines critiques peuvent être adressées à sa définition actuelle, dans la mesure où elle soustrait à la répression des comportements qui étaient auparavant justiciables du droit international pénal. Mais cela n'empêche pas de voir dans le crime d'agression un modèle normatif sur lequel aligner l'incrimination du crime contre l'humanité et du génocide.

Il apparaît en effet indispensable d'enrichir ces dernières infractions d'incriminations sous-jacentes se rapportant à l'organisation des entreprises criminelles qui les caractérisent. Pour l'heure, il n'est guère que le crime d'incitation publique et directe au génocide qui permette d'atteindre des participations de cet ordre, dans une mesure toutefois extrêmement limitée : d'une part, seule une portion infime du processus organisationnel est couverte – à savoir la propagande criminelle – et d'autre part, seules les entreprises génocidaires sont concernées. C'est dire que la majorité des actes d'organisation échappent aux prévisions des textes d'incrimination. Or les modes d'imputation en vigueur ne permettent pas de corriger cette insuffisance : ni la complicité, ni la responsabilité du supérieur hiérarchique, ne procurent en effet fondement adapté à la répression des comportements consistant à orchestrer le système criminel d'ensemble. Cette carence de l'ordre normatif international pénal doit être corrigée, sans quoi la poursuite des décideurs et autres architectes des systèmes criminels ne peut être dument mise en œuvre. Les juridictions pénales internationales l'ont bien compris ; elles n'ont pas hésité à faire émerger des modes d'imputation inédits, l'entreprise criminelle commune et la coaction indirecte, afin de rendre le système répressif plus performant. Mais ces notions, aussi efficaces soient-elles, ne remédient qu'incomplètement aux défauts du système ; elles en atténuent certes les conséquences, mais ne les font pas disparaître. Plus encore, elles font naître des difficultés nouvelles, à savoir l'entorse aux principes fondamentaux du droit pénal que sont le principe de légalité et le principe de responsabilité du fait personnel. En réalité, le problème posé par l'absence d'incrimination des actes d'organisation des entreprises criminelles ne peut

être réglé qu'en le traitant à sa cause : il faut procéder à la criminalisation des comportements qui en sont l'expression, sans quoi leur répression continuera de se heurter à des obstacles techniques insurmontables.

630. C'est ainsi proposer une généralisation de l'incrimination des actes d'organisation à tout type d'entreprise d'ensemble. *De lege ferenda*, celle-ci ne doit pas rester cantonnée au champ des entreprises d'agression armée ; elle doit être étendue au champ des entreprises criminelles contre l'humanité et génocidaires.

CONCLUSION DU TITRE 1

631. « *La notion d'infraction internationale se prête beaucoup moins à la méthode casuistique de description et d'énumération que celle d'une infraction d'ordre interne parce que les moyens et les procédés de violation sont ici beaucoup plus nombreux et variés, et par conséquent beaucoup plus difficiles à prévoir et à définir* »[1541], relevait l'un des premiers théoriciens du droit international pénal. Si cet écueil a été dépassé pour ce qui concerne les comportements se rapportant à *l'exécution* de l'entreprise attentatoire à l'existence du groupe pénalement protégé, il est impossible d'en dire autant s'agissant des actes se rapportant à *l'organisation* de ces mêmes entreprises.

632. Les textes d'incrimination des infractions internationales soumettent essentiellement à la répression les comportements participant de l'accomplissement des entreprises martiales et criminelles et ce, dans une mesure considérable. En effet, le cercle des actes d'exécution punissables est quasiment infini, dès lors que peu de critères conditionnent la constitution des infractions saisissant cet type de faits de participation. Du reste, ceux qui sont posés – on pense notamment aux critères matériels – sont prescrits dans des termes si souples qu'ils ne posent en réalité aucune limite à la qualification des infractions.

Le contraste avec la réception dont font l'objet les entreprises martiales et criminelles est saisissant. Les dispositions applicables à leur répression sont non seulement rares, mais de surcroît restrictives. Seule une infraction, le crime d'agression, sanctionne cette catégorie d'agissements et les limites auxquelles est soumise son incrimination montrent que le champ répressif du droit international actuel est paradoxalement en net recul par rapport à Nuremberg. Mais c'est surtout l'absence de criminalisation des actes d'organisation des entreprises criminelles contre l'humanité et génocidaires qui rend compte de l'insuffisance du dispositif normatif existant. En l'état actuel du droit positif, ces actes sont proprement étrangers aux prévisions des textes d'incrimination, ce qui suscite bien évidemment d'importantes difficultés à l'heure de mettre en accusation les têtes pensantes des systèmes de criminalité massive. La jurisprudence a bien développé certaines techniques de contournement ; mais celles-ci se heurtent aux exigences des principes fondamentaux que sont la légalité criminelle ou la responsabilité du fait personnel, ce qui amène à les désavouer. Le législateur international doit se saisir de la question et remédier à cette lacune des textes en érigeant les actes d'organisation en crimes sous-jacents du crime contre l'humanité et du génocide. C'est à cette seule condition que la répression des décideurs pourra renouer avec la légalité, et gagner, ce faisant, en crédibilité.

[1541] S. GLASER, *Infraction internationale, ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, Paris, LGDJ, 1957, p. 53.

TITRE 2. UN FAIT DE PARTICIPATION SUBJECTIF A L'ENTREPRISE D'ENSEMBLE

633. Subjectivité de la responsabilité pénale internationale. – Il est de principe, en droit pénal moderne, que la responsabilité n'a pas pour seule assise le fait matériel ni son résultat, l'importance ou la gravité du dommage causé à l'ordre social, mais qu'elle engage, en sus de cet élément objectif, l'appréciation de la part morale que l'auteur a prise à son acte, c'est-à-dire l'existence d'une *faute*[1542]. Le droit international pénal fait sienne cette conception subjective de la responsabilité. À en croire les juges de Nuremberg, ce critère moral constituerait même la véritable mesure de l'infraction, ceux-ci ayant pu affirmer que « *le vrai critérium de la responsabilité pénale, celui qu'on trouve, sous une forme ou sous une autre, dans le droit criminel de la plupart des pays* » réside dans « *la liberté morale, dans la faculté de choisir, chez l'auteur de l'acte reproché* »[1543].

634. Nature intentionnelle des infractions internationales par nature. – De ce caractère subjectif de la responsabilité pénale, il découle que toute infraction est conditionnée par un élément moral – autrement dénommé élément psychologique ou encore élément intellectuel, voire *mens rea* (pensée coupable) –. La notion d'infraction internationale ne déroge pas à cette structure, même s'il est vrai que les premiers textes d'incrimination ne formalisaient pas expressément cette exigence. Cela étant, et en dépit du silence des dispositions statutaires, il a toujours été admis que la qualification des infractions internationales, quelles qu'elles soient, suppose la démonstration d'un élément moral, en sus d'un élément matériel ; en témoigne le fait que les juridictions ont toujours examiné l'état d'esprit animant le participant à l'entreprise d'ensemble pour établir sa culpabilité. Mais une chose est d'affirmer la nécessité d'un élément moral, une autre de déterminer sa teneur. À cet égard, il ne fait aucun doute que l'infraction internationale se caractérise par le plus haut degré de culpabilité existant – sa gravité l'implique –, à savoir une faute *intentionnelle*. Ce postulat, que la jurisprudence a consolidé au fil des décisions rendues, est aujourd'hui consacré en tant que *principe général du droit pénal* par le Statut de Rome[1544], qui énonce que « *sauf disposition contraire, nul n'est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance* »[1545]. Ainsi, et hormis

[1542] S. GLASER, « Culpabilité en droit international pénal », *RCADI*, Brill-Nijhoff, 1960, vol. 099, p. 479.
[1543] *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 236.
[1544] L'article 30 du Statut de Rome figure au sein du Chapitre III du Statut de Rome intitulé « *principes généraux du droit pénal* ».
[1545] Art. 30, al. 1 du Statut de Rome.

quelques rares exceptions[1546] – on pense, notamment, à la responsabilité du supérieur hiérarchique, qui est satisfaite par une faute de négligence[1547] – la règle est-elle que la faute intentionnelle constitue le standard psychologique applicable à la responsabilité pénale internationale.

635. Détermination de l'élément intentionnel des infractions internationales : complexité. – S'il l'on peut se féliciter de cette disposition générale, en ce que l'intentionnalité des crimes internationaux trouve enfin un fondement textuel, il reste que son libellé est loin de dissoudre toutes les interrogations que suscite la question de la culpabilité en droit international pénal. Sa formulation est, en effet, doublement maladroite.

D'abord parce qu'elle place sur un pied d'égalité *l'intention* et la *connaissance* lorsqu'elle décrit la *mens rea* des infractions internationales, alors même que la seconde est une composante de la première. La notion d'intention, en effet, se définit classiquement comme une *volonté* doublée de *connaissance*[1548] ; c'est donc, plutôt, à cet élément volitif qu'auraient dû se référer les rédacteurs du Statut de Rome pour spécifier la notion d'intention coupable[1549].

Ensuite, et surtout, parce cette définition élémentaire de l'élément moral des infractions internationales peine à éclairer la teneur de l'intention requise, en particulier dans ses rapports avec l'entreprise d'ensemble. La volonté et la connaissance, telles que prescrites, doivent être établies au regard de *l'élément matériel du crime*. Mais embrassent-elles l'action collective ? Cette interrogation paraît légitime dans la mesure où le processus d'atteinte au groupe est, en soi, étranger au comportement infractionnel individuel. Or, la définition abstraite posée par l'article 30 ne permet pas vraiment d'y répondre, pas plus, du reste, que les précisions qui l'assortissent. S'il est effectivement expliqué, en suivant, qu' « *il y a intention* », d'une part, lorsque « *relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement* »[1550], et « *relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des évènements* »[1551] et qu' « *il y a connaissance* », d'autre part, « *lorsqu'une personne est consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des évènements* »[1552], les concepts

[1546] Pour une analyse des manifestations et implications de la condition négative « sauf disposition contraire », voir not. G. WERLE et F. JESSBERGER, « Unless otherwise provided : Article 30 of the ICC statute and the mental element of crimes under international criminal law », *J.I.C.J*, 2005, vol. 3, pp. 35-55.

[1547] Au sens de l'article 28 al. a, i) du Statut de Rome, la responsabilité des chefs militaires suppose d'établir que le subordonnant « *savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crime*s ». En ce qui concerne les autres supérieurs hiérarchiques (soit, principalement, les supérieurs civils), l'article 28 al. b, i) du Statut de Rome prévoit que leur responsabilité peut etre engagée dès lors que subordonnant « *savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement* ». Nous soulignons.

[1548] Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°224.

[1549] P. POURZAND, « Nature de l'élément moral et stratégie judiciaire de la Cour pénale internationale », *RSC* 2014, p. 5.

[1550] Art. 30 al. 2, a) du Statut de Rome.

[1551] Art. 30 al. 2, b) du Statut de Rome.

[1552] Art. 30 al. 3 du Statut de Rome.

invoqués, par trop flous, ne permettent pas de déterminer avec exactitude le contenu positif de l'élément moral de l'infraction internationale. Que faut-il en effet entendre par *conséquence* ? Cela inclut-il le résultat vers lequel tend l'entreprise collective, à savoir l'atteinte du groupe désigné comme cible ? Auquel cas faudrait-il alors établir que le participant recherchait, à titre personnel, sa concrétisation ? Ou ne pourrait-on pas plutôt considérer que l'entreprise d'ensemble est une *circonstance* et non une *conséquence*, de sorte qu'il suffirait d'établir la simple connaissance qu'en avait l'agent, peu important qu'il ait entendu prendre part au processus conduit par l'organisation ?

Au surplus, ces indications intègrent des distinctions conceptuelles méconnues du pénaliste français, ce qui complexifie, encore davantage, l'appréhension de l'élément moral des infractions internationales. Dans notre système de pensée, la notion d'intention est essentiellement conçue à l'aune d'une dichotomie entre *dol général* et *dol spécial*. Le premier correspond au dénominateur commun de toutes les infractions intentionnelles et consiste dans la volonté de réaliser la conduite décrite par le texte d'incrimination, en connaissance de cause, c'est-à-dire en sachant qu'elle constitue une infraction[1553]. Le second, soit le *dol spécial*, renvoie à une exigence d'intention renforcée, spécifiquement prescrite par certains textes d'incrimination, qui vient s'ajouter au dol général requis[1554]. Le plus souvent, cet élément moral particulier réside dans la recherche d'un résultat, d'un but, qui est étranger à la matérialité de l'action incriminée[1555]. Il s'entend, alors, d'un *motif* particulier. Mais il peut, également, traduire l'incrimination de *motivations* particulières, – par exemple des motivations discriminatoires –, par exception au principe d'indifférence des mobiles[1556]. Si la doctrine anglo-saxonne connaît également cette distinction entre dol spécial (*special intent*) et dol général (*direct intent*), elle

---

[1553] Si plusieurs définitions du dol général sont admises en doctrine, celle-ci reste l'une des définitions les plus courantes. On la trouvait déjà proposée par la doctrine classique : v. par ex. E. GARÇON, *Code pénal annoté*, *Nouvelle édition refondue et mise à jour par Marcel Rousselet, Maurice Patin et Marc Ancel*, t. 1, note ss art. 1, n°77 : « *l'intention, dans son sens juridique, est la volonté de l'agent de commettre le délit tel qu'il est déterminé par la loi ; c'est la conscience, chez le coupable, d'enfreindre les prohibitions légales* » ou encore, n°81 où il est expliqué que le dol général consiste « *à savoir que l'acte que l'on va commettre est défendu et à vouloir cependant le commettre* ». On retrouve cette définition dans la doctrine contemporaine. X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°201 retient que « *Le dol général suppose à la fois la volonté et la conscience du résultat : l'auteur veut accomplir l'acte qu'il sait défendu* » et nombreux autres auteurs définissent également, en des termes similaires, le dol général. V. not. : F. DESPORTES et F. LE GUHENEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°470 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°276.

[1554] A noter que la notion de dol spécial ne fait pas l'objet d'une interprétation doctrinale unitaire. Certains auteurs considèrent que cette notion marque l'exigence d'une intention d'atteindre le résultat prohibé par la loi pénale. Ainsi l'infraction de meurtre renfermerait-elle, selon ces auteurs, un dol spécial consistant dans l'intention de tuer la victime : v. not. F. DESPORTES et F. LE GUHENEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°474 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°289 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°285 ; R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel, Vol. II – L'infraction et la responsabilité*, 3è éd., Bruylant, coll. Paradigme, 2017, n°434. Ainsi réduit à l'intention du résultat infractionnel, la notion de dol spécial perd de son intérêt puisqu'elle en vient à se confondre avec le dol général ; cela explique, d'ailleurs, que certains de ces auteurs, estiment que « *cette distinction n'a pas sa raison d'être* » : v. R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *loc. cit*. Par trop réductrice, cette approche du dol spécial doit être écartée.

[1555] X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°202.

[1556] A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 218 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, n°255 ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°384 ; P. SALVAGE, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°94.

affine cependant cette dernière en différenciant deux degrés de dol général : *le dol direct de premier degré*, d'une part, qui couvre la situation où le résultat accompli est positivement recherché par l'auteur et *le dol direct de second degré*[1557], d'autre part, dans lequel le résultat accompli, sans être poursuivi par l'auteur, est toutefois accepté par lui, dès lors qu'il constitue une conséquence certaine, car inévitable, de son comportement[1558]. Cette distinction théorique n'est pas formellement retenue par la doctrine française mais elle ressurgit, néanmoins, sur le terrain de la preuve du dol général. Il est en effet admis que l'agent qui a conscience que son action va produire de manière certaine le résultat incriminé et qui persiste, nonobstant, dans sa résolution, fait bien état d'une volonté coupable, même s'il ne recherche pas positivement le résultat[1559]. C'est ainsi reconnaître que le dol général embrasse non seulement la tension positive de la volonté vers un résultat (hypothèse du dol direct de premier degré) mais également la conscience de la survenance certaine de ce résultat (hypothèse dol direct de second degré). Cette nuance trouve sa pleine expression dans l'article 30 du Statut de Rome : les différentes déclinaisons de l'intention et de la connaissance mises en lumière transcrivent en effet cette opposition entre dol direct de premier degré – eu égard à l'intention, la volonté *de causer* une conséquence[1560] et eu égard à la connaissance, la conscience qu'une circonstance *existe*[1561] – et le dol direct de second degré – la conscience qu'une conséquence *adviendra dans le cours normal des évènements*[1562] –.

636. Décomposition de l'intention associée aux infractions internationales. – Au regard de ces différentes considérations, le contenu de l'élément psychologique des infractions internationales par nature peut être difficile à discerner. Si l'on en revient à la structure de ces crimes, on peut toutefois esquisser une grille de lecture à partir de laquelle raisonner.

D'abord, il apparaît nécessaire de vérifier l'intention de l'auteur au regard du crime sous-jacent. Concrètement, celui-ci doit avoir eu la volonté de commettre le comportement individuel décrit par l'incrimination, en connaissance de cause. Ce premier aspect de l'intention requise n'appelle pas de discussions particulières ; il ne présente en effet aucune originalité, en qu'il rejoint le standard psychologique applicable aux crimes de droit commun.

[1557] Cette déclinaison du dol général est parfois aussi appelée « dol indirect » ou « intention oblique ».
[1558] Sur cette distinction, v. not. : P. POURZAND, « Nature de l'élément moral et stratégie judiciaire de la Cour pénale internationale », préc., p. 6 ; O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, incriminations, responsabilité*, *op. cit.*, p. 76 ou encore J. D. VAN DER VYVER, « The International Criminal Court and the concept of *mens rea* in international criminal law », *Miami International Comparative Law Review*, vol. 12, 2004, p. 63. Pour une analyse de la notion d'intention en droit comparé, mise en perspective avec l'article 30 du Statut de Rome, v. S. FINNIN, « Mental elements under article 30 of the Rome Statute of the International criminal court : a comparative analysis », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 6, 2012, pp. 325-359 (spécif. pp. 330-333 pour une définition du dol direct de premier degré et du dol direct de second degré).
[1559] Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°381.
[1560] Art. 30 al. 2, b) du Statut de Rome.
[1561] Art. 30 al. 3 du Statut de Rome.
[1562] Art. 30 al. 2, b) et al. 3) du Statut de Rome.

Se pose ensuite la question de l'intention de l'auteur au regard de l'entreprise d'ensemble. Pour cerner cette intention caractéristique des infractions internationales, il faut en revenir à la définition du comportement sanctionné par la notion ayant été dégagée. Étant admis que celui-ci s'entend d'un fait de participation à une entreprise d'ensemble, il se déduit que l'élément moral minimal des infractions internationales renvoie à une intention de participer à l'entreprise d'ensemble. Ce standard intentionnel ne constitue pas autre chose que l'expression d'un dol général appliqué à une infraction en participation ; un « *dol général participatif* » pour reprendre l'expression d'un auteur[1563]. Cette condition intentionnelle minimale se dédouble, classiquement, en une exigence de connaissance et de volonté infractionnelle ; transposée à l'infraction internationale par nature, cette définition induit la nécessité d'établir que le participant s'est parfaitement figuré l'existence de l'entreprise d'ensemble et qu'il a entendu y associer son comportement[1564]. Subsiste la question de l'adhésion de l'agent au projet d'ensemble. Dans la mesure où ce but projeté est un attribut de *l'entreprise contextuelle* – et non un attribut du comportement individuel incriminé –, cette donnée ne paraît pas intégrer le dol général participatif. Dès lors qu'il renvoie ainsi à la recherche d'un résultat étranger à la matérialité du fait incriminé, le désir de voir le projet d'ensemble se réaliser s'apparente plutôt à un *dol spécial*.

637. Détermination du degré d'intention requis. – Ces deux données psychologiques doivent être soigneusement distinguées puisqu'elles ne recèlent pas le même degré d'exigence. Afin de circonscrire de la façon la plus précise possible le contenu de l'élément moral des infractions internationales, il convient donc de les envisager séparément. Dans un premier temps, il sera traité de l'adhésion au projet d'ensemble. Or, l'étude de cette condition montrera qu'elle doit être tenue pour indifférente et ainsi écartée de l'intention requise (**Chapitre 1**). Il suffit, en réalité, que l'auteur ait été animé par une volonté éclairée d'associer son fait à l'entreprise conduite par l'organisation collective, ce qui revient à situer le seuil de la culpabilité à l'intention de participer à l'entreprise d'ensemble (**Chapitre 2**).

[1563] V. J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal* : *étude critique des incriminations terroristes*, *op. cit.*, n°388. Cette idée de dol général participatif, inférée de l'étude des infractions terroristes, est d'autant plus transposable aux infractions internationale par nature que celles-ci présentent la même structure que les infractions terroristes.
[1564] Ces conditions seront approfondies *infra*, n°737 et s.

Chapitre 1. L'adhésion au projet d'ensemble

638. Le projet criminel d'ensemble, une condition contextuelle de l'infraction internationale. – Toutes les infractions internationales ont en commun de s'intégrer à la mise en œuvre d'une entreprise dont le but caractéristique est d'attenter à l'existence d'une collectivité donnée. Cette condition qualifiante de l'infraction peut perturber la lecture de l'élément intentionnel. Puisque le crime sous-jacent participe de l'entreprise d'ensemble, il entretient nécessairement des interactions avec ce projet criminel lointain. La tentation peut alors être grande d'intégrer ce but à la définition de l'élément intentionnel du crime, ce qui impliquerait alors que l'agent ait fait sien ce projet. À suivre ce raisonnement, il faudrait donc établir que l'agent *adhère à l'objectif criminel poursuivi* pour que son comportement soit constitutif d'une infraction internationale. Cette lecture est toutefois trop hâtive. Elle méconnaît la dissociation existante entre le contexte de l'infraction et le crime sous-jacent. Si ces deux composantes s'articulent entre elles pour former la notion d'infraction internationale, chacune comprend des éléments constitutifs propres. Or, le but d'atteinte au groupe protégé a été identifié comme un *attribut de l'entreprise d'ensemble* : il est un projet criminel global, diffus, rattaché à l'organisation collective considérée en tant qu'entité. De cet élément contextuel, il ne peut être inféré une quelconque exigence relative à la psychologie de l'agent[1565]. Ces deux données, le but de l'entreprise et l'intention de l'agent, doivent être soigneusement distingués : c'est dans la seule mesure où les textes d'incrimination viendraient spécifiquement prescrire la souscription de l'agent au dessein criminel d'ensemble, en conditionnant ainsi les infractions internationales par un *dol spécial*, que cette exigence pourrait être valablement reconnue.

639. L'adhésion au projet criminel d'ensemble, une condition indifférente de l'élément moral des infractions internationales. – Ainsi convient-il d'analyser les textes d'incrimination et la jurisprudence afin de déterminer s'il est nécessaire que l'agent adopte les ambitions criminelles collectives pour établir sa culpabilité. À une exception près, la conclusion qui en découle est que le droit positif ne pose aucune exigence en ce sens. De manière générale, l'adhésion au projet criminel d'ensemble n'est pas une condition de l'intention coupable (**Section 1**). Cela étant, le génocide échappe à ce constat. Cette infraction, en effet, est communément interprétée comme requérant la démonstration d'une intention individuelle de destruction du groupe national, ethnique, racial ou religieux, chez le participant. L'étude de

[1565] J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal* : *étude critique des incriminations terroristes*, *op. cit*., n°333 qui appelle à la même dissociation s'agissant des infractions terroristes, lesquelles présentent une structure similaire à celle de l'infraction internationale par nature : « *le but terroriste est attaché à l'entreprise et non à l'agent (…) Pivot entre le comportement de l'agent et le but poursuivi, c'est en effet, à l'égard de l'entreprise et non de l'agent, que doit être caractérisé le but de "troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur". A l'égard de l'agent, seule doit être caractérisée, dans ce schéma, l'intention qui préside à la commission de l'acte qui lui est reproché* ». V. aussi : Cass. crim., 16 oct. 2019, inédit, pourvoi n°18-84.608 : *Dr. pén*. 2019, comm. n°194, obs. Ph. CONTE ; *RSC* 2020 p. 71, obs. Y. MAYAUD.

cette condition révèle toutefois ses insuffisances et invite, en conséquence, à reconsidérer la définition de l'élément moral du génocide : l'adhésion au projet génocidaire doit constituer une condition indifférente *de lege ferenda* (**Section 2**).

Section 1. L'adhésion au projet d'ensemble indifférente *de lege lata*

640. Absence d'exigence d'adhésion au projet martial ou criminel contre l'humanité. – Bien que les textes d'incrimination du crime d'agression, du crime de guerre et du crime contre l'humanité ne posent, *a priori*, aucune exigence d'adhésion au but projeté par l'entreprise collective chez l'auteur du crime sous-jacent, cette question a suscité d'importantes discussions dans la jurisprudence comme en doctrine. Pour autant, la conclusion à laquelle conduit l'analyse du droit positif applicable à ces trois infractions est uniforme : que l'on raisonne sur le crime d'agression (§1), le crime de guerre (§2) ou le crime contre l'humanité (§3), il n'est pas nécessaire que le participant à l'entreprise d'ensemble ait fait sien le projet d'ensemble.

§1. Le crime d'agression

641. Confusions doctrinales. – L'étude de l'élément contextuel du crime d'agression a permis de montrer que la qualification de l'entreprise d'agression armée a pour critère déterminant l'objectif recherché par l'emploi de la force armée : il doit avoir pour but d'asseoir la domination de l'État agresseur, sur l'État agressé[1566]. Une partie de la doctrine fait découler de cette condition, pourtant afférente au *contexte* de l'infraction, une exigence d'intention spécifique chez l'auteur de l'infraction. Selon cette opinion, le dirigeant doit personnellement poursuivre le but de domination étatique pour que sa participation présente un caractère coupable (A). L'étude du droit positif contredit toutefois cette proposition, en montrant que l'adhésion au projet d'agression armée n'est pas une composante de l'élément moral de cette infraction (B).

A. L'exigence alléguée d'une adhésion au projet d'agression armée

642. L'adhésion des dirigeants au projet d'ensemble, un élément de fait du crime d'agression. – « *La guerre, légitime ou non, est la mise en œuvre d'une politique nationale. Si la politique qui l'a déclenchée est criminelle dans ses intentions et ses objectifs, c'est parce que des individus, les responsables politiques, ont eu des intentions criminelles en élaborant cette politique* »[1567]. Cette remarque du tribunal militaire américain met en lumière les interactions

[1566] V. *supra*, n°106-119.
[1567] *USA c. William Von Leeb and others*, « The high command case », préc., p. 486 (Traduction : Nations Unies, *Analyse historique des faits relatifs à l'agression*, préc., n°155).

naturelles existant entre le but d'ensemble et l'état d'esprit des participants : si la politique étatique est agressive, c'est parce que les dirigeants de l'État lui ont imprimé ce caractère. De fait, la plupart du temps, il devrait ainsi pouvoir être constaté que les dirigeants politiques ou militaires soutenaient personnellement le projet d'agression.

643. L'adhésion des dirigeants au projet d'ensemble, une condition juridique du crime d'agression ? – Est-ce à dire qu'il s'agit d'une condition juridique de l'infraction, nécessaire pour établir la culpabilité du participant ? Certains auteurs le soutiennent. Selon eux, la condition qualifiante de l'agression armée, que constitue le projet de domination poursuivi, se prolonge dans l'élément moral de l'infraction, c'est-à-dire dans l'état d'esprit coupable de l'auteur. Stefan Glaser a ouvert la voie à cette ligne d'interprétation en affirmant que « *ce qui est essentiel ou plutôt déterminant pour la notion d'une guerre d'agression au sens juridique de ce terme, c'est précisément l'intention spéciale qui se traduit par un but illégal que l'auteur se propose de réaliser (animus agressionis)* »[1568]. Dans le sillage de cet auteur, une partie de la doctrine contemporaine retient que l'élément intentionnel de l'infraction comporte un dol spécial, consistant dans le but de domination d'un État étranger. Relativement au crime contre la paix, il a par exemple pu être affirmé que « *c'est ce but* [la domination par la force de populations et de territoires] *qui fait de l'attaque armée un recours à la force armée agressif. C'est également ce but qui constitue le dol spécial propre à l'auteur du crime contre la paix* »[1569] ou encore que « *devant les TMI, l'auteur de ce crime était celui qui, en connaissance de cause, entendait commettre un acte d'agression et, plus spécifiquement, entendait assurer la domination de son État sur d'autres territoires* »[1570]. Quelques auteurs étendent cette exigence au crime d'agression et vont jusqu'à affirmer qu'il faudrait en outre démontrer que les dirigeants politiques et militaires étatiques avaient l'intention de réaliser des gains territoriaux, d'obtenir des avantages économiques ou d'intervenir dans les affaires internes de l'État ciblé pour pouvoir les tenir responsables de crime d'agression[1571]. En somme, et selon cette approche, la condition de projet se retrouverait à deux niveaux : au niveau global d'abord, puisqu'il faut rechercher si la force armée employée par l'État agresseur est vouée à asseoir sa domination sur l'État ciblé afin de caractériser l'existence de l'élément contextuel de l'infraction ; au niveau individuel ensuite, car il conviendrait de s'assurer que chacun des membres du collectif dirigeant poursuivait *personnellement* ce dessein de domination pour établir son intention coupable et ainsi qualifier le crime d'agression.

[1568] S. GLASER, « Culpabilité en droit international pénal », préc., p. 504.
[1569] O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, incriminations, responsabilité*, *op. cit*., p. 339.
[1570] A.-L. VAURS CHAUMETTE, *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?* Préf. Alain Pellet, Thèse, Paris, Pedone, 2009, p. 340. V. également, même si l'idée est moins développée : C. BERTRAND, « Le crime d'agression » in H. ASCENCIO, E. DECAUX, A. PELLET, *Droit international pénal*, *op. cit*., n°30 ou encore A.-T. LEMASSON, P. TRUCHE et P. BOURETZ, *Rép. pén., Dalloz,* « Justice internationale pénale (crimes) », 2016, n°168.
[1571] A. CASSESSE, P. GAETA, *Cassese's international criminal law*, *op. cit*., p. 142 ; B.-I. BONAFÈ, *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 142.

644. Intention individuelle et projet d'ensemble : distinction nécessaire. – Cette conception de l'élément moral du crime d'agression repose sur un raccourci sujet à caution. Il ne peut ainsi être déduit de la condition relative au projet d'ensemble, qui se rapporte à l'élément contextuel, une condition d'intention individuelle spécifique chez le dirigeant auteur de l'infraction. En effet, ces deux conditions ne sont pas reliées par un rapport d'implication : une chose est d'exiger que l'entreprise armée tende à soumettre un État donné ; une autre est de requérir que les organisateurs de cette entreprise souscrivent personnellement à cet objectif criminel. D'ailleurs, on pourrait très bien imaginer qu'un dirigeant étatique soit en désaccord avec la politique agressive déterminée par le reste du gouvernement, mais qu'il finisse par se soumettre à la décision collective et, partant, par se résoudre à participer à la mise en œuvre de ladite politique, bien qu'il la désavoue. Cette hypothèse signale que la destination de l'entreprise d'ensemble ne préjuge pas nécessairement de l'état d'esprit des participants : il pourrait arriver que ces derniers prennent effectivement part à la mise en œuvre de l'acte d'agression sans pour autant être pleinement acquis à la cause. Le but d'ensemble et le but individuel se présentent ainsi comme des conditions autonomes, le premier pouvant exister sans le second. Or, puisqu'elles ne sont pas équivalentes, ces deux conditions doivent être soigneusement distinguées et il ne peut être inféré de la première, soit du projet d'ensemble, l'exigence d'un dol spécial.

645. Transition. – Ces développements n'ont pas vocation à démontrer que l'élément moral du crime d'agression ne comporte pas de dol spécial, mais simplement à infirmer le raisonnement présidant à son admission par la doctrine. En réalité, c'est dans la seule mesure où la loi imposerait la démonstration de cet état d'esprit spécifique que l'on pourrait conclure que l'adhésion de l'agent au projet d'ensemble est une condition de l'intention participative. Or, l'analyse du droit appliqué, ou applicable, à l'infraction ne laisse aucunement entrevoir cette exigence.

B. L'exigence rejetée d'une adhésion au projet d'agression armée

646. Indifférence constante à l'adhésion de l'agent au projet. – L'interprétation doctrinale exposée, au préalable, n'a trouvé aucun écho dans le droit positif. Quelle que soit l'incrimination examinée, qu'il s'agisse du crime contre la paix (1) ou du crime d'agression (2), la qualification de l'infraction n'a jamais été subordonnée au but poursuivi par le participant à l'entreprise d'agression.

1- L'incrimination du crime contre la paix

647. Interprétation unitaire des différents tribunaux militaires internationaux. – Le texte d'incrimination du crime contre la paix ne renfermait aucune indication quant à la

teneur de l'élément moral. Les tribunaux militaires internationaux, confrontés au silence de la loi, se sont attachés à préciser les contours de l'intention requise par une abondante jurisprudence. L'analyse des décisions rendues est riche d'enseignements. Elle laisse très clairement constater que ni les juges de Nuremberg (a), ni ceux de Tokyo (b), n'ont jamais entendu ériger l'adhésion au projet d'ensemble en condition de l'intention coupable.

a- La jurisprudence du tribunal militaire international de Nuremberg

648. Absence de déclaration générale quant à l'exigence d'un dol spécial. – Devant le tribunal militaire de Nuremberg, le jugement du crime contre la paix a été introduit par un rappel du contexte politique dans lequel se sont inscrites les guerres d'agression conduites par le régime nazi. Retraçant la genèse de cette entreprise criminelle, les juges ont mis l'accent sur le fait qu'elle avait été largement « *préméditée et soigneusement préparée* »[1572] avant de souligner qu'« *en effet, les desseins agressifs du Gouvernement nazi ne sont pas nés de la situation politique existant à ce moment-là en Europe et dans le monde ; ils constituaient une partie essentielle et délibérément arrêtée de la politique extérieure nazi* »[1573]. Si l'agression armée nazie fut ainsi présentée comme le fruit d'une résolution mûrie de longue date, il est notable que les aspirations agressives sont rattachées au gouvernement, abstraitement considéré, et non à ses membres. Le schéma est différent quand les juges affirment, dans le cadre de l'étude de la légalité de l'infraction, que « *c'est en pleine connaissance de cause qu'ils violaient le droit international quand, délibérément, ils donnaient suite à leurs intentions agressives, à leurs projets d'invasion* »[1574]. Ils se réfèrent ici à l'intention propre des accusés, et laissent entendre que chacun d'entre eux nourrissait personnellement une intention agressive. Pour autant, l'observation est purement factuelle : elle est un constat dressé par le tribunal pour asseoir la préexistence de l'incrimination du crime contre la paix et non une déclaration relative à la teneur de l'élément moral de l'infraction. En réalité, le jugement ne contient aucune précision à cet égard : aucune définition générale et abstraite de l'intention requise au titre du crime contre la paix n'a été livrée. Aussi apparaît-il nécessaire de se tourner vers les condamnations individuelles prononcées par le tribunal pour analyser la manière dont a été établie la culpabilité de chaque accusé et, plus particulièrement, pour rechercher si l'adhésion de l'accusé au projet d'agression collectif en était une condition.

649. Absence de prise en compte de l'adhésion au projet d'agression dans la motivation des condamnations pour crime contre la paix. – Si l'on se penche, d'abord, sur

---

[1572] *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 197 : « *La guerre germano-polonaise n'a pas éclaté soudainement dans un ciel sans nuage. Il a été prouvé clairement que cette guerre, de même que l'invasion de l'Autriche et de la Tchécoslovaquie, avait été préméditée et soigneusement préparée. Elle a été entreprise au moment jugé opportun et comme conséquence d'un plan préétabli* ».
[1573] *Ibid*.
[1574] *Ibid*., p. 231.

le cas des individus ayant été condamnés du chef de crime contre la paix, la motivation des déclarations de responsabilité ne laisse pas transparaître la nécessité d'établir un dol spécial consistant en une intention spécifique d'assurer la domination du troisième Reich sur les pays européens. Le cas de Hess est, à cet égard, significatif. Il fut relevé qu'en tant que représentant du Führer, Hess était l'homme le plus haut placé du parti nazi : « *Toutes les questions intéressant le parti en général lui étaient confiées, et en ce qui concernait plus particulièrement la direction, il était autorisé à prendre des décisions au nom de Hitler* »[1575]. L'importance de sa situation au sein du régime nazi aurait sans nul doute pu être exploitée pour établir son adhésion pleine et entière à la politique d'agression menée par le Gouvernement. Or, le tribunal ne réserva aucune attention à cette donnée lorsqu'il procéda à la détermination de la culpabilité de l'accusé ; il se contenta de relever que celui-ci était incontestablement « *au courant des plans d'agression* »[1576]. On peut par ailleurs évoquer le cas de Keitel, qui s'était opposé à l'invasion de l'Union soviétique, preuve qu'il n'adhérait pas à la politique d'agression (du moins à cet aspect de la politique) conduite par le régime. Mais constatant qu'il n'en avait pas moins participé à la réalisation de l'opération d'invasion, le tribunal le déclara coupable de crime contre la paix[1577]. Ces deux exemples montrent ainsi que l'approbation du projet de domination par les dirigeants politiques et militaires de l'État agresseur constituait un élément intentionnel indifférent du crime contre la paix.

650. Absence de prise en compte du défaut d'adhésion au projet d'agression dans la motivation des décisions de refus de condamnation. – Les décisions de refus de condamnation rendues par le tribunal de Nuremberg étayent également cette analyse.

Le cas de Von Papen fournit une première illustration. Chancelier du Reich à partir de 1932, puis nommé ministre en Autriche à partir de 1934, l'accusé, releva le tribunal, « *déploya tous ses efforts pour renforcer la situation du parti nazi autrichien et pour favoriser l'Anchluss* »[1578]. Notamment, il « *prit part à des démonstrations politiques nazies*, *appuya l'action de la propagande, envoya des comptes rendus détaillés de l'activité du parti nazi et fit des rapports réguliers concernant les installations militaires autrichiennes* »[1579]. Cela étant, le tribunal nota qu'« *il n'a pas été prouvé que Von Papen était partisan de cette occupation par la force* » et qu'il avait « *affirmé à l'audience qu'il avait insisté auprès de Hitler pour qu'elle n'eût pas lieu* »[1580]. Cette remarque est perturbatrice car elle porte à croire que Von Papen n'était pas favorable à la réalisation des ambitions de domination nazies, ce qui expliquerait son défaut de condamnation du chef de crime contre la paix. Mais plus que l'annexion de l'Autriche dans

[1575] *Ibid*., p. 300.
[1576] *Ibid*., p. 301. Compte tenu de sa situation privilégiée auprès d'Hitler, dont il était « *le confident personnel le plus intime* », le tribunal déclara qu'il « *fut certainement au courant des plans d'agression dès leur conception* » ce qui montrait selon lui toute l'étendue de sa responsabilité.
[1577] *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 307.
[1578] *Ibid*., p. 350.
[1579] *Ibid*.
[1580] *Ibid*., p. 351.

son principe, c'est en fait le recours à la force armée pour parvenir à cette fin que semblait désapprouver Von Papen. D'ailleurs, la conclusion du tribunal fut qu'il ne faisait aucun doute « *que ses desseins, au cours de sa mission en Autriche, étaient de saper le régime de Schuschnigg, d'accroître la force des nazis autrichiens et d'arriver par ces moyens à l'Anschluss* »[1581], ce qui montre clairement qu'il partageait les aspirations expansionnistes du régime. Si Von Papen fut finalement déclaré non-coupable de crime contre la paix, cette solution ne doit donc pas être analysée à la lumière de la remarque susmentionnée selon laquelle il n'était pas partisan de l'Anchluss. Elle s'explique, en réalité, par le fait que ses agissements se soient exclusivement rapportés à l'invasion de l'Autriche, offensive qui selon le tribunal ne constituait qu'un acte préparatoire à l'exécution du plan général d'agression et non une guerre d'agression[1582]. Or, aucune preuve de son implication dans la mise en œuvre du plan d'agression général ne fut rapportée. Dans ces conditions, il était donc impossible de le déclarer coupable de crime contre la paix. En somme, l'absence de condamnation de Von Papen est étrangère à son prétendu désaveu de la politique d'agression.

On peut également mentionner la déclaration de non-culpabilité de Schacht. Ce dernier était accusé d'avoir participé à la planification de la guerre d'agression en favorisant le réarmement de l'Allemagne. L'importance du rôle qui fut le sien dans la mise en place du programme de réarmement ne fut pas contestée ; mais selon le tribunal, encore fallait-il pouvoir établir que Schacht avait agi de la sorte « *parce que cela faisait partie des plans faits par les nazis en vue d'une guerre d'agression* » pour qu'il puisse être déclaré coupable de crime contre la paix. Or, ce dernier se défendit d'avoir jamais approuvé la politique de réarmement à des fins agressives. Il prétendit avoir agi « *seulement parce qu'il voulait construire une Allemagne forte et indépendante qui imposerait par sa politique étrangère autant de respect que les autres pays européens* » et avoir tenté de ralentir la cadence du réarmement, dès qu'il découvrit les buts d'agression nazis[1583]. Schacht fut finalement déclaré non-coupable de crime contre la paix, tant au regard premier chef d'accusation (participation au complot) que du second (préparation d'une guerre d'agression). Cette déclaration de non culpabilité est parfois invoquée par la doctrine au soutien d'une exigence d'adhésion du participant aux objectifs d'agression promu par le régime. La motivation des juges, toutefois, n'accrédite pas cette interprétation. En ce qui concerne le premier chef d'accusation, il fut ainsi avancé qu'il « *n'avait pas trempé étroitement dans l'élaboration* » du complot nazi de sorte qu'il était permis de douter de sa connaissance effective des plans d'agressions[1584]. A priori, c'est donc sur son *ignorance* de la ligne d'action criminelle poursuivie qu'a achoppé l'engagement de sa responsabilité pénale, sans qu'entre en ligne de compte son éventuel ralliement à la politique conduite. En ce qui concerne ensuite le second chef d'accusation – pour lequel l'absence de soutien à la politique d'agression fut

[1581] *Ibid*.
[1582] *Ibid*., p. 202 et s.
[1583] *Ibid*., p. 330.
[1584] *Ibid*., p. 331.

spécifiquement invoquée en tant que moyen de défense –, le tribunal se contenta de déclarer que « *Schacht n'a participé à l'établissement d'aucune des guerres d'agression respectivement visées au chef d'accusation n°2* »[1585]. Cette déclaration, qui se réfère à la *participation* de l'accusé, signale ainsi que le défaut de condamnation de l'accusé relève de la caractérisation insuffisante de *l'élément matériel* de l'infraction. Les juges n'ont donc pas pris en compte le moyen de défense avancé, alors même que l'absence d'adhésion de l'accusé à la politique menée était effectivement corroborée par de nombreux éléments de fait[1586].

651. Transition. – De l'ensemble de ces décisions, il ressort ainsi que la souscription personnelle de l'accusé au projet d'agression armée global n'a pas été appréhendée comme une condition nécessaire de la culpabilité pour crime contre la paix par le TMI de Nuremberg. L'étude de la jurisprudence du tribunal militaire international de Tokyo conduit à la même conclusion.

b- La jurisprudence du tribunal militaire international de Tokyo

652. Absence de subordination de la culpabilité à l'adhésion au projet d'ensemble. – L'examen des décisions rendues par le tribunal militaire international de Tokyo montre que certaines condamnations ont relevé l'adhésion profonde de l'accusé aux ambitions agressives développées par le gouvernement japonais. Araki, par exemple, a été présenté comme un « *vrai partisan des plans de domination politique au Japon et d'agression militaire à l'étranger* »[1587], ayant « *approuvé et activement supporté les politiques de l'armée japonaise en Mandchourie et à Jehol qui consistaient à séparer politiquement ce territoire de la Chine pour y créer un gouvernement contrôlé par le Japon et en placer l'économie sous sa domination* »[1588]. Également, il fut noté qu'Hiranuma « *n'était pas seulement un partisan de la politique de domination japonaise en Asie orientale et dans les mers du sud par la force si nécessaire, mais l'un des dirigeants du complot et un participant actif de la mise en œuvre de cette politique* »[1589]. Enfin, dans le même ordre d'idées mais plus implicitement, il a été relevé s'agissant

[1585] *Ibid*.
[1586] Plusieurs éléments de fait étayaient en effet l'existence de fortes dissensions entre Schacht et le régime nazi : les nombreux désaccords – personnels et politiques – qui l'opposaient à Göring (*Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 329), sa démission de son poste de ministre de l'économie à la suite d'une discussion « *particulièrement acerbe* » avec Hitler (*Ibid*.), sa destitution des fonctions de président de la Reichsbank quelques années plus tard, par Hitler lui-même (*Ibid*., p. 329-330), et enfin son arrestation par la Gestapo en vue de son envoi en camp de concentration où il demeura jusqu'à la fin de la guerre (*Ibid*., p. 330).
[1587] *The Tokyo judgment*, préc., p. 1146 : « *He was an energetic proponent of the Army policy of political domination at home and of military aggression abroad (…). He both approved and actively supported the policies undertaken by the Japanese Army in Manchuria and Jehol to separate that territory politically from China, to create a Japanese-controlled government, and to place its economy under the domination of Japan* » (traduction libre).
[1588] *Ibid*.
[1589] *Ibid*., p. 1156 : « *HIRANUMA was not only a supporter of the policy of the domination of Japan in East Asia and the South Seas by force when necessary, but he was one of the leaders of the conspiracy and an active participant in furthering its policy* » (Traduction libre).

d'Hashimoto que « *nul autre conspirateur ne partageait d'opinions aussi extrêmes que les siennes ; et nul autre ne les exprimait aussi ouvertement* »[1590]. Ces remarques ont toutefois la valeur d'un élément de fait permettant d'établir l'univocité de l'état d'esprit de ces trois dirigeants, afin d'étayer leur intention certaine de contribuer à la réalisation des entreprises d'agression. Mais si la souscription personnelle avait dû constituer un critère de l'intention requise, le tribunal en aurait logiquement recherché la trace pour chaque accusé. Or, il n'en est rien. Au contraire, certaines condamnations mettent en évidence que la simple connaissance du projet d'agression suffit à engager la responsabilité pénale pour crime contre la paix, sans qu'il soit nécessaire de s'assurer que le dirigeant avait personnellement embrassé ces ambitions[1591]. Le jugement de Sato en fournit une illustration. Notant que ce dernier n'était arrivé à un poste haut placé lui conférant une réelle force d'influence sur l'élaboration des politiques agressives qu'à partir de 1941, le tribunal signala que « *la question cruciale est celle de savoir si à cette date il avait pris conscience que les desseins du Japon étaient criminels, car à compter de cette date il a facilité la conception et l'exécution de ces desseins autant qu'il le pouvait* »[1592]. En aucun cas la nécessité de sonder l'intention spécifique du dirigeant n'est posée. Et la conclusion des juges quant à la responsabilité de Sato le confirme, implicitement, puisque c'est sur sa « *connaissance coupable* »[1593] qu'a été appuyée sa condamnation.

653. Absence d'incidence du défaut d'adhésion sur la culpabilité. – La déclaration de culpabilité de Shigemitsu rend plus particulièrement compte encore du fait que l'adhésion profonde au projet d'agression n'est pas une condition de la culpabilité. Shigemitsu occupa diverses fonctions de représentation de l'État du Japon entre 1931 et 1943 ; soit à une période où les politiques agressives japonaises étaient en cours d'élaboration. L'accusé ne prit toutefois aucune part à la détermination des projets de domination ensuite mis en œuvre par de nombreuses guerres. Plus encore, il manifesta son opposition à la politique des conspirateurs à plusieurs reprises auprès du ministère des affaires étrangères. De ce fait, le tribunal estima qu'il n'était pas un participant au complot et le déclara non-coupable de ce chef d'accusation[1594]. Il nota, en revanche, que Shigemitsu accéda au poste de ministre des affaires en 1943, alors que les projets d'agression étaient désormais arrêtés et que les conspirateurs avaient entamé leur exécution. Accusé d'avoir participé à la conduite des guerres d'agression à partir de cette date, il fut condamné de ce chef. Le raisonnement des juges, relativement à sa culpabilité, est particulièrement éclairant. Ils estimèrent qu'il était pleinement conscient que cette guerre était une guerre d'agression, parce qu'il connaissait la politique des conspirateurs qui en était à

[1590] *Ibid*., p. 1151 : « *None of the conspirators held more extreme views that he did ; none was mor outspoken in his statement of these views* » (Traduction libre).
[1591] En ce sens : R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat*, *op. cit*., p. 77.
[1592] *The Tokyo judgment*, préc., p. 1190-1191. (Traduction : Nations Unies, *Analyse historique des faits relatifs à l'agression*, préc., n°360).
[1593] *Ibid*., p. 1191.
[1594] *Ibid*., p. 1193.

l'origine ; en effet, il leur avait régulièrement conseillé de ne pas la mettre en œuvre[1595]. Il en ressort nettement que l'absence d'adhésion aux buts agressifs poursuivis par le régime n'a aucunement cas fait échec à l'établissement de la culpabilité de l'accusé. Bien au contraire, son opposition à la politique d'agression a été utilisée pour la démontrer, en ce qu'elle attestait de sa connaissance de la nature agressive des guerres, et donc du fait que sa participation à l'entreprise d'ensemble avait été parfaitement éclairée.

654. Incidence sur la peine prononcée. – On peut toutefois remarquer que l'opposition de Shigemitsu aux projets d'agression semble lui avoir valu une certaine indulgence des juges à l'heure de déterminer la peine qui allait lui être infligée. Il fut condamné à une peine de 7 ans d'emprisonnement. Par comparaison, Araki, Hiranuma et Hashimoto, qui étaient des fervents partisans du projet d'ensemble comme cela a été vu précédemment, furent quant à eux condamnés à une peine de réclusion à perpétuité. L'opinion du dirigeant quant aux objectifs de domination, selon qu'elle est favorable ou défavorable, pourrait ainsi avoir une incidence sur le *quantum* de la peine prononcée à son encontre. Mais elle demeure, en tout état de cause, une condition indifférente de la constitution de l'infraction.

655. Transition. – À l'instar de leurs homologues de Nuremberg, les juges du tribunal de Tokyo n'ont donc pas cherché à s'assurer que les dirigeants étaient favorables à la réalisation des ambitions agressives du régime pour établir leur culpabilité. À la lumière de cette interprétation jurisprudentielle de l'élément moral du crime contre la paix, l'adhésion au projet d'ensemble n'est donc pas une condition de l'intention participative. L'actualisation de l'infraction, à travers la consécration du crime d'agression, ne modifie en rien cette conclusion.

2- L'incrimination du crime d'agression

656. Travaux de la Commission du droit international. – À l'issue des procès de la seconde guerre mondiale, la nécessité de définir clairement le crime contre la paix, dorénavant dénommé crime d'agression, s'imposa et les premiers travaux conduits à cet effet sont ceux de la Commission du Droit international. Si la détermination des éléments constitutifs de l'infraction suscita de nombreuses discussions et controverses, la question spécifique de l'élément moral individuel du crime d'agression resta plutôt à la marge de ces débats.

657. Rapport de 1951 mentionnant l'exigence d'un *animus aggressionis*. – Dans l'un des premiers rapports présentés à la Commission, l'« *animus aggressionis* » est bien évoqué.

[1595] *Ibid*., p. 1193 : « *In 1943, his country was engaged in the war in the Pacific. He was fully aware that so far as Japan was concerned, that war was a war of aggression, for he knew of the policies of the conspirators which had caused the war, and indeed had often advised that they should not be put into effect. Nevertheless, he now played a principal part in waging that war until he resigned on 13th April 1945* ».

Plus encore, il est effectivement présenté comme un élément constitutif naturel de la notion d'agression[1596]. Cela étant, cet élément intentionnel est clairement rattaché à l'État agresseur et non à l'auteur de l'infraction, en tant que personne physique[1597]. Il s'entend donc du but d'ensemble, de l'objectif projeté par la collectivité dirigeante. En témoigne d'ailleurs les précisions annexes effectuées, selon lesquelles la qualification de *l'agression* dépend, en définitive, des ambitions poursuivies par le *gouvernement* en cause[1598]. Ces remarques se rapportent à l'entreprise d'agression armée, c'est-à-dire à l'élément contextuel de l'infraction, et non à la participation individuelle qui la consomme. Il est important de mentionner ce premier rapport car il a ensuite été invoqué au soutien de l'idée selon laquelle l'élément moral du crime d'agression comprendrait un dol spécial consistant dans l'intention d'assurer la domination de l'État agresseur sur les États agressés[1599]. Pourtant, on le voit, il n'en ressort aucune exigence en ce sens.

658. Projets de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. – Cette intention spécifique n'est pas non plus requise par les définitions du crime d'agression ayant été retenues dans les deux Projets de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adoptés par la Commission du droit international. Dans le texte du premier projet de 1954, il n'est tout bonnement fait aucune allusion à l'intention devant animer l'auteur du crime d'agression[1600], pas plus qu'elle n'est évoquée dans les commentaires qui y sont associés[1601]. Dans le texte du second, la définition de l'infraction ne comprend pas non plus de référence à la dimension subjective du comportement incriminé. Il y est seulement prévu que « *tout individu qui, en qualité de dirigeant ou d'organisateur, prend une part active dans – ou ordonne – la planification, la préparation, le déclenchement ou la conduite d'une agression commise par un État, est responsable de crime d'agression* »[1602]. Les commentaires relatifs à ce projet de

---

[1596] CDI, Second Report on a Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind by Mr. J. Spiropoulos, Doc. off. A/CN.4/44, 12 av. 1951, reproduit dans : *Ann. CDI*, 1951, vol. II, p. 68, n°153.

[1597] *Ibid*., p. 67, n°153 : « *The mere fact that a State acted as first does not, per se, constitute "aggression" as long as its behaviour was no due to : aggressive intention (subjective element of the concept of aggression)* ».

[1598] *Ibid*., p. 68, n°153 : « *Consequently, whether the behaviour of a State is to be considered as an "aggression under international law" has to be decided not on the basis of specific criteria adopted a priori but on the basis of the above notion which, to sum it up, is rooted in the "feeling" of the Governments concerned » (nous soulignons) ; ibid.*, p. 68, n°155 *:* « *finally, it is to be said that the (natural) notion of aggression, as a concept having its roots in the "feeling" of governments, will not always be interpreted by these latter in the same way, which amounts to saying that the objective critérium of the "notion of aggression" will, in last analysis, depend on the individual opinion of each Government concerned* » (nous soulignons).

[1599] C'est sur ce rapport que Stefan Glaser a appuyé ses considérations relatives à l'exigence d'un *animus aggressionis* chez l'auteur du crime d'agression (v. *supra*, n°644), considérations qui constituent la source principale, pour ne pas dire exclusive, de la conception doctrinale selon laquelle l'élément moral de l'infraction comporte un dol spécial.

[1600] CDI, *Projet de Code des crime contre la paix et la sécurité de l'humanité*, 1954, art. 2. Le projet est disponible à l'adresse url suivante : http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/7_3_1954.pdf.

[1601] CDI, *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, *Troisième rapport de J. Spiropoulos*, Doc. off. A/CN.4/85, 30 av. 1954, reproduit dans : *Ann. CDI*, 1954 vol. II, p. 115 et s. (v. à partir de : « III- article 2, paragraphe 1, du projet de Code »).

[1602] CDI, *Projet de Code des crime contre la paix et la sécurité de l'humanité*, 1996, art. 16. V. *Ann. CDI*, 1996, vol. II (2).

Code montrent néanmoins que les États concevaient bien le crime d'agression comme une infraction dotée d'une dimension subjective. Ils précisent en effet que « *le seul fait matériel de participer à un acte d'agression ne suffit pas à établir la culpabilité d'un dirigeant ou d'un organisateur. Encore faut-il que cette participation ait été intentionnelle, et que l'auteur ait participé en connaissance de cause, dans le cadre d'un plan ou d'une politique d'agression* »[1603]. Ainsi, il ne fait aucun doute que l'acte incriminé doit être commis avec intention. Il reste que le degré d'intention requis n'est pas clairement défini. Le caractère intentionnel de la participation suppose alors que l'auteur ait, à titre individuel, agi dans le but d'assurer la domination de son État sur un ou plusieurs États étrangers ? La réponse est négative d'abord parce que cette exigence n'est pas clairement mentionnée. Or, les rédacteurs l'auraient sans doute explicitement posée s'ils avaient voulu ériger un tel standard intentionnel. Ensuite, si tel était le cas, les commentaires n'auraient pas ajouté – l'emploi de la conjonction « *et* » laissant entendre qu'il s'agit d'une condition supplémentaire – que la participation doit être effectuée en connaissance de cause. La formule utilisée suggère plutôt qu'il faut, simplement, que la participation ait été non pas *intentionnelle* et consciente mais *volontaire* et consciente[1604], ce qui n'implique pas une subjectivisation du but d'ensemble. Enfin, il est notable que la nature intentionnelle du crime est assise dans le précédent de Nuremberg qui, comme cela a été vu, n'a jamais requis de quelconque souscription aux buts agressifs de la politique commune afin d'établir la culpabilité des accusés[1605]. D'ailleurs, la Commission du droit international conclura son analyse de l'intention en reprenant la déclaration des juges de Nuremberg selon laquelle « *Quand [les accusés], en pleine connaissance de cause, ont offert leur assistance [à Hitler], ils sont devenus parties au complot qu'il avait ourdi. S'ils furent, entre ses mains, des instruments, la conscience qu'ils en eurent empêche de les reconnaître comme innocents* »[1606]. Cette déclaration ne laisse aucun doute subsister : elle définit ainsi la culpabilité par référence à la *conscience coupable* des accusés, sans égard à leur adhésion à la politique d'agression.

659. Texte d'incrimination du crime d'agression dans le Statut de Rome. – Il reste, enfin, à examiner le texte d'incrimination posé par le Statut de Rome, qui, au demeurant, constitue aujourd'hui le seul instrument à valeur normative, les projets de Code susmentionnés n'ayant pas abouti. L'article relatif au crime d'agression ne comporte aucune indication quant à l'élément intentionnel de l'infraction, ce qui indique qu'il faut se reporter aux prévisions générales de l'article 30 du statut de Rome pour en cerner la teneur. Celui-ci énonce que l'élément matériel du crime doit donc être accompli avec volonté[1607] et connaissance pour que

[1603] CDI, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai – 26 juillet 1996), Doc. off. A/51/10 reproduit dans : *Ann. CDI*, 1996, vol. II (2), p. 45, n°3
[1604] Selon une distinction déjà évoquée *supra*, n°636.
[1605] V. *supra*, n°649 et s.
[1606] *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 237 cité par : CDI, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai – 26 juillet 1996), Doc. off. A/51/10 (v. *Ann. CDI*, 1996, vol. II (2), p. 45, n°3).
[1607] Le terme volonté devant être préféré pour remédier à la confusion présentée *supra*, n°636.

l'infraction soit constituée. Or, comme cela a déjà été souligné, le projet d'ensemble n'est pas une composante de la matérialité de l'infraction : il est un critère de son contexte. Aussi, et conformément au principe énoncé, il suffit d'établir l'intention qu'à l'agent de commettre le fait matériel incriminé, à savoir de prendre part à l'organisation de l'entreprise d'agression armée. À défaut d'énonciation textuelle prescrivant, spécifiquement, une intention *individuelle* d'atteinte à la souveraineté de l'État ciblé, il faut donc conclure que cette donnée est étrangère aux conditions morales du crime d'agression. Le corpus des éléments des crimes corrobore, du reste, cette interprétation. En effet, il y seulement établi que l'agent doit avoir connaissance de l'entreprise d'agression armée[1608], et non qu'il la fasse sienne. Par comparaison, les éléments de crimes applicables au génocide posent expressément une telle condition[1609].

660. Transition. – Ainsi, ni la définition jurisprudentielle du crime contre la paix, ni la définition légale du crime d'agression n'invitent à concevoir la souscription du participant au projet d'ensemble comme une condition psychologique requise. Le but de domination étatique est un attribut de l'entreprise collective et non un dessein que doit poursuivre personnellement le participant.

L'étude du crime de guerre montre qu'il en va également ainsi lorsque la participation se rapporte à un conflit armé.

§2. Le crime de guerre

661. L'absence d'exigence d'adhésion au projet de soumission dans les textes d'incrimination. – Pas plus que le texte d'incrimination du crime d'agression, celui du crime de guerre ne pose d'exigence quant à l'état d'esprit du criminel de guerre *vis-à-vis de l'entreprise martiale*. Certes, l'intention coupable n'est pas totalement passée sous silence ; il est effectivement quelques références à la psychologie de l'auteur, mais celles-ci se rapportent, en réalité, à la description substantielle des crimes sous-jacents, c'est-à-dire du fait matériel extériorisant la participation illicite au conflit armé[1610]. Autrement dit, ces prescriptions

[1608] Sur la condition de connaissance de l'entreprise d'ensemble dans le crime d'agression, v. *supra*, n°707 et s. (connaissance factuelle) et n°784 (connaissance juridique).

[1609] *Éléments des crimes*, art. 6, n°3. Il est admis que le génocide comporte un dol spécial consistant dans l'intention de détruire un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel.

[1610] On peut à ce titre noter que toutes l'élément moral attaché aux infractions sous-jacentes n'a pas toujours la même teneur. Certaines infractions sont intentionnelles comme en atteste l'apposition des adverbes « intentionnellement » ou « délibérément » à l'action incriminée. v. par exemple l'article 8 al. 2, a, iii) du statut de Rome incriminant « *le fait de de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé* » ou encore l'article 8 al. 2, b, xxv) du statut de Rome incriminant « *le fait d'affamer délibérément des civils comme méthode de guerre, en les privant de biens indispensables à leur survie, y compris en empêchant intentionnellement l'envoi des secours prévus par les Conventions de Genève* ». D'autres en revanche, s'analysent en des imprudences conscientes. V. par exemple l'article 8 al. 2, b), iv) du statut de Rome incriminant : « *le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu* ».

définissent seulement des attributs réservés de certains crimes sous-jacents, mais rien n'est prévu concernant le rapport psychique devant exister entre l'auteur du crime sous-jacent et le conflit armé, si bien que certains auteurs sont allés jusqu'à se demander s'il fallait que ce dernier soit au courant de cette circonstance[1611]. Les éléments des crimes applicables devant la CPI sont venus apporter une réponse à cette interrogation puisqu'il y est prévu que l'agent doit avoir connaissance du conflit armé pour que sa culpabilité puisse être établie[1612]. C'est, toutefois, la seule indication relative à la substance de l'intention participative. Or, connaître l'existence d'un conflit armé ne revient pas à en soutenir la cause, si bien qu'il ne peut être inféré aucune exigence d'adhésion au projet martial des prévisions du *corpus* des éléments des crimes.

662. L'absence d'exigence d'adhésion au projet de soumission dans la jurisprudence. – Certaines déclarations jurisprudentielles peuvent néanmoins laisser penser que l'adhésion de l'agent au but de la guerre est une condition nécessaire du rattachement du fait sous-jacent à la situation de conflit armé, rattachement duquel dépend la qualification du crime de guerre. Tel est notamment le cas de l'observation des juges de l'affaire *Aleksovki*, selon laquelle « *le droit international humanitaire ne vise pas tous les actes illégaux perpétrés durant un conflit armé. Il ne s'applique qu'à ceux qui ont un rapport suffisant avec la conduite des hostilités. Il faut nécessairement démontrer que cet acte, qui aurait certes pu être commis en l'absence de conflit, l'a été contre la victime en question en raison de ce conflit* »[1613]. Cette remarque sous-tend que l'atteinte de la victime doit trouver sa source dans le conflit armé, ce qui peut être interprété comme signifiant que la résolution de l'auteur doit rejoindre celle des belligérants. À suivre cette analyse, la victime devrait donc être lésée parce qu'elle incarne l'adversaire. De même, on peut noter que le TPIR, dans une décision plus récente de 2004, a affirmé que l'engagement de la responsabilité pénale du chef de crime de guerre suppose d'établir que l'accusé « *a participé directement aux hostilités, agissant pour le compte de l'une des parties au conflit en vue de la réalisation de leurs objectifs belliqueux respectifs* »[1614], ce qui suggère que le but poursuivi par le criminel de guerre doit coïncider avec celui du groupe armé.

Ces solutions sont néanmoins isolées. De manière générale, la jurisprudence retient que le rattachement du fait sous-jacent au conflit armé n'implique pas d'établir l'existence d'un « *lien de cause à effet entre le conflit armé et le comportement* »[1615], c'est-dire qu'« *il ne s'agit donc pas de considérer le conflit armé comme étant seul à l'origine du comportement de*

[1611] G. METTRAUX, *International Crimes and the* ad hoc *Tribunals,* Oxford University Press, 2005, p. 44.
[1612] *Eléments des crimes*, art. 8, crimes de guerre, introduction, al. c). Sur cette condition intentionnelle, v. *infra*, n°758 et s.
[1613] TPIY, jugement *Aleksovki*, préc., n°45 (nous soulignons).
[1614] TPIR, jugement *Kamuhanda*, préc., n°739.
[1615] TPIY, arrêt *Kunarac*, préc., n°58. Voir aussi : TPIY, jugement *Boškoski et Tarčulovski*, préc., n°293 ; TPIY, arrêt *Stakić*, préc., n°342 ; TPIY, jugement *Đorđević*, préc., n°1527 ; TPIR, jugement *Karemera et consorts*, préc., n°1696.

l'auteur »[1616]. Contrairement à ce que peuvent laisser présager les premières décisions citées, il apparaît ainsi que la connexité au conflit armé n'est pas conditionnée par les motivations martiales de l'agent. Peu importe que la perpétration du crime ait été déterminée par la situation d'hostilité. Autrement dit, peu importe qu'elle manifeste un ralliement de l'agent à la cause profonde du conflit, à savoir la soumission de la partie adverse.

663. L'adhésion de l'agent au projet de soumission comme élément de preuve. – Pour autant, la jurisprudence admet que le but poursuivi par l'agent puisse être pris en compte pour prouver l'inscription de son acte dans le conflit armé. Par exemple, dans l'affaire *Ntagerura et consorts,* la chambre de première instance III du TPIR a estimé que les crimes étaient bien liés au conflit armé dans la mesure où « *les militaires étaient motivés par leur recherche de combattants ennemis et de toute personne ayant des liens avec ces derniers* »[1617]. De même, dans le jugement *Bagosora* la chambre a relevé que les assaillants, militaires et civils, avaient agi « *en vue de contribuer à la conduite du conflit armé* »[1618] pour établir la connexité requise. Toujours est-il que les motivations martiales de l'agent ne constituent qu'une donnée, parmi d'autres, permettant de caractériser le rattachement du crime commis au contexte de conflit armé. À suivre la jurisprudence, « *le fait que l'auteur du crime est un combattant, le fait que la victime n'est pas un combattant, le fait que la victime appartient au camp adverse* » ou encore « *le fait que la commission du crime participe des fonctions officielles de son auteur ou s'inscrit dans leur contexte* »[1619] constituent d'autres éléments pouvant être pris en compte pour établir la connexité requise. Bien que le but poursuivi par l'auteur constitue un élément de preuve *suffisant* de la relation au contexte, il faut donc se garder d'en déduire qu'il en est une condition *nécessaire.*

664. L'applicabilité de la qualification de crime de guerre aux infractions commises à des fins strictement personnelles. – La conséquence qui en découle est que la qualification de crime de guerre peut être envisagée alors même que l'agent cherchait à réaliser, non pas l'objectif propre au conflit, mais un dessein personnel – à condition, toutefois, que son acte s'intègre dans le processus de soumission de l'adversaire caractérisant le conflit armé, sans quoi la condition de connexité ferait défaut –. La jurisprudence le reconnaît, implicitement, lorsqu'elle relève que la relation au contexte est satisfaite non seulement si l'auteur du crime agit « *dans l'optique de servir un conflit armé* », mais également s'il commet son méfait « *sous*

[1616] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1176 ; CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°142 ; CPI, Décision relative à la confirmation des charges portée à l'encontre d'*Abu Garda*, préc., n°92. V. aussi : CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Lubanga*, préc., n°287 : « *Il ne s'agit donc pas de considérer le conflit armé comme la cause ultime du comportement* ».
[1617] TPIR, jugement *Ntagerura et consorts*, préc., n°793.
[1618] TPIR, jugement *Bagosora et consorts*, préc., n°2236.
[1619] TPIY, arrêt *Kunarac*, préc., n°59 ; TPIY, jugement *Limaj*, préc., n°91 ; TPIY, jugement *Đorđević*, préc., n°1527 ; CPI, jugement *Bemba Gombo*, préc., n°143.

le couvert de celui-ci »[1620]. Cette dernière précision assoit ainsi la possibilité de qualifier de crime de guerre des infractions d'opportunité, ce qui achève de démontrer que le motif du passage à l'acte de l'agent n'est pas un paramètre déterminant la qualification.

On ne saurait, d'ailleurs, s'en étonner. En effet, certains crimes de guerre consistent, par définition, dans des actes destinés à procurer un avantage à leur auteur et non aux belligérants. C'est notamment le cas du pillage qui suppose une « *intention* [de l'auteur] *de spolier le propriétaire des biens et de se les approprier à des fins privées ou personnelles* »[1621]. Ce crime ne s'entend donc, en aucun cas, d'un fait tendu vers la concrétisation du but du conflit armé. Au contraire, il correspond à une action individualiste aspirant à satisfaire des ambitions lucratives propres à l'agent. À peine de contradiction logique, la qualification de crime de guerre ne saurait donc être conditionnée par les motivations martiales de l'auteur, sans quoi l'incrimination du pillage comme infraction sous-jacente du crime de guerre – qui est l'une des plus anciennes[1622] – deviendrait vaine.

Au regard de ces différentes constatations, il apparaît ainsi que les raisons déterminant le passage à l'acte de l'agent ne sont pas décisives de la qualification du crime de guerre[1623]. Elles constituent, il est vrai, un indice particulièrement probant de la relation au contexte, mais il n'en demeure pas moins que cette infraction peut être caractérisée que l'agent ait cherché, à travers son acte, à concrétiser l'objectif ultime du conflit armé ou qu'il ait agi pour des considérations qui n'engagent que lui.

665. Transition. – Ainsi la qualification des infractions se rapportant à une entreprise martiale répond-elle de la même logique. Il faut, maintenant, vérifier s'il en va de même lorsque l'entreprise considérée est criminelle, ce qui suppose d'apprécier la valeur juridique des motivations de l'auteur du crime contre l'humanité.

§3. Le crime contre l'humanité

666. Du droit général au droit spécial. – La définition de l'élément moral du crime contre l'humanité a été essentiellement forgée par la jurisprudence des TPI avant d'être codifiée par le Statut de Rome. De nombreux développements ont été réservés à la question de l'adhésion du participant au but poursuivi par l'entreprise criminelle et il ressort du droit positif

[1620] TPIY, arrêt *Kunarac*, préc., n°58. Cette déclaration a été largement reprise par la jurisprudence postérieure. V. not. : TPIY, jugement *Popović*, préc., n°741 ; TPIY, jugement *Tolimir*, préc., n°683 ; TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°517 ; TPIR, jugement *Karemera et consorts*, préc., n°1696 ; TPIR, *Affaire le procureur contre Setako*, jugement (ICTR-04-81-T), ch. prem. inst. I, 25 fév. 2010, n°486-487 (ci-après : « jugement *Setako* »); TPIR, jugement *Nyiramasuhuko et consort*, préc., n°6153.
[1621] *Éléments des crimes*, crime de guerre, Art. 8 al. 2, b, xvi), élément n°2.
[1622] Elle figurait déjà parmi les infractions sous-jacentes listées par l'incrimination de crime de guerre prévue par les Statuts des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et Tokyo. V. respectivement les articles 6 al. b et 5 al. b) des Statuts.
[1623] Pour une conclusion également en ce sens : G. METTRAUX, *International Crimes and the* ad hoc *Tribunals,* Oxford University Press, 2005, p. 45.

que cet élément n'est pas une condition générale de la *mens rea* du crime contre l'humanité (A). Cela étant, elle constitue toutefois une exigence spécialement attachée à certains crimes sous-jacents (B).

A. L'indifférence à l'adhésion du participant au projet criminel contre l'humanité

667. Évolution de l'élément moral du crime contre l'humanité. – La définition du crime contre l'humanité a évolué au gré de la construction du droit international pénal. Des conditions ont été ajoutées ou retranchées dans les textes d'incrimination successifs, tantôt pour de simples raisons conjoncturelles tenant au particularisme de la situation pour laquelle la juridiction avait pu être instituée, tantôt dans une visée juridique, pour préciser le contenu de l'infraction. De ce fait, le contenu de l'élément moral de l'infraction, et précisément le traitement qu'il convenait de réserver à l'état d'esprit de l'agent relativement au projet criminel d'ensemble, a été soumis à discussion à chaque fois qu'a été adoptée une nouvelle définition du crime contre l'humanité. L'analyse du droit applicable devant le TPIY (1), le TPIR (2) et la CPI (3) mène cependant à une solution identique : il n'est pas nécessaire d'établir que l'agent a fait sien le dessein criminel global pour établir sa culpabilité.

1- Le droit applicable devant le TPIY

668. Consécration apparente d'une exigence d'adhésion au projet. – Le texte d'incrimination du crime contre l'humanité prévu par le statut du TPIY passait complètement sous silence l'élément moral de l'infraction. Ni la définition du contexte, ni celle des crimes sous-jacents ne faisait une quelconque référence à l'état d'esprit de l'auteur. C'est donc aux juridictions qu'est revenue la tâche d'identifier cette condition psychologique. Saisie de cette question dans le cadre du jugement de l'affaire *Tadić*, la chambre de première instance du TPIY estima que l'intention requise se dédoublait en deux éléments : d'abord, l'auteur doit avoir agi en connaissance de cause, c'est-à-dire avoir voulu commettre le crime sous-jacent en ayant conscience du contexte dans lequel il s'inscrit ; ensuite, « *l'acte ne doit pas être commis dans un dessein purement personnel* »[1624]. Lue *a contrario*, cette seconde condition paraît bien poser la nécessité d'établir que la commission de l'acte a été motivée par une certaine idéologie, ce qui insinue qu'il faudrait pouvoir établir que l'auteur de l'acte a fait sien le projet criminel d'ensemble. La décision citée par la chambre à l'appui de cette proposition montre cependant que tel n'était pas le sens de son propos. Dans l'affaire prise en exemple par le tribunal, un individu avait dénoncé les opinions anti-nazies de sa propre épouse à la Gestapo dans le but de s'en séparer. La cour suprême de la zone britannique considéra que la qualification de crime

[1624] TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°656.

contre l'humanité était bien applicable dès lors que le comportement du mari s'inscrivait dans le processus de persécution massive des juifs en Allemagne, peu important que son intention ait été seulement de nuire à son épouse[1625]. Au regard de cette jurisprudence utilisée pour étayer leur décision, il est clair que les juges du TPIY n'entendaient pas limiter le champ de l'infraction aux seuls crimes perpétrés dans le but de donner effet à la politique criminelle. Au contraire, il en ressort que le mobile pouvait être strictement personnel, l'essentiel étant que la commission du crime puisse être abstraitement affiliée au système criminel global.

669. Rejet explicite de l'exigence d'adhésion au projet d'ensemble. – Afin de dissiper toute incertitude, la chambre d'appel est revenue sur cette déclaration ambiguë pour mieux affirmer que les mobiles de l'accusé n'ont aucune incidence sur la qualification du crime contre l'humanité[1626]. Au renfort de cette analyse, plusieurs décisions rendues par des juridictions internes ont été mentionnées. La majeure partie d'entre elles rejoignent l'affaire précitée ; elles concernaient des individus condamnés pour crime contre l'humanité pour avoir dénoncé des tiers au régime nazi pour des raisons qui leur étaient propres – vengeance, ressentiment ou encore affliction –[1627]. Une des affaires mentionnées renvoyait cependant à une situation bien différente ; celle de deux individus ayant exprimé leur désaccord avec la politique de persécution conduite par les autorités nazies et qui étaient même allés jusqu'à prendre des mesures pour y faire échec tout en contribuant, par certaines de leurs actions, à en réaliser l'objet. La Cour suprême compétente déclarera, à cet égard, qu'est auteur d'un crime contre l'humanité « *quiconque contribue à la réalisation des éléments de l'infraction, sans pour autant souhaiter promouvoir le régime national-socialiste, [...] mais agit peut-être par peur, indifférence, haine pour la victime ou par appât du gain. [Cela] tient au fait que même quand l'acte découle de pareils mobiles (Beweggründe), il reste lié à ce système violent et oppressif* (*Gewaltherrschaft*) »[1628]. Ces différentes affaires illustrent l'absence d'incidence de l'adhésion à la politique criminelle et à ses objectifs sur la responsabilité pénale. Le sentiment de l'agent quant au projet d'ensemble, quelle qu'en soit la nature – qu'il l'ait approuvé, désapprouvé ou qu'il ait été indifférent à cet égard – est un élément dépourvu de pertinence lorsqu'il s'agit d'apprécier sa culpabilité. La jurisprudence postérieure du TPIY confirme cette solution, en des termes ne laissant plus subsister aucun doute : « *l'élément moral propre au crime contre*

[1625] OGHBZ, Décision de la Cour de district (Landgericht) Hambourg, 11 novembre 1948, STS 78/48, Justiz und NS-Verbrechen II, 1945-1966, p. 491 et 499 cité par : TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°658.
[1626] TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°272.
[1627] Voir les décisions citées dans : TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°260-262.
[1628] OGHBZ, Cour suprême pour la Zone britannique (Chambre pénale) (5 mars 1949), S. StS 19/49, in *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone* I, 1949, p. 321 à 343, cité par : TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°258, n.b.p. n°320.

l'humanité n'exige pas de l'accusé qu'il se soit identifié avec l'idéologie, la politique ou le plan au nom duquel des crimes de masse ont été perpétrés, ni même qu'il y ait adhéré »[1629].

670. L'adhésion au projet d'ensemble comme élément de preuve. – Si l'adhésion au projet d'ensemble n'est pas une condition juridique de l'infraction, elle peut néanmoins être prise en compte dans le cadre du jugement du crime contre l'humanité. D'abord, elle constitue un élément de fait utile à la démonstration de l'intention participative qui, comme cela sera vu par la suite, suppose que l'auteur ait été *conscient* de prendre part à la réalisation de l'entreprise d'ensemble[1630]. Négativement, l'absence d'adhésion manifeste de l'agent au projet d'ensemble, étayée par le caractère personnel des raisons expliquant son action criminelle, pourrait dans certains cas indiquer qu'il n'avait pas réalisé que son comportement s'intégrait au sein d'une entreprise criminelle de plus grande ampleur[1631]. À l'inverse, le ralliement de l'accusé aux aspirations de l'organisation criminelle permettra d'établir sans difficulté qu'il agissait en pleine connaissance de cause[1632].

671. L'adhésion au projet d'ensemble comme élément de détermination de la peine. – Par ailleurs, en plus d'être un élément de preuve de l'intention requise, le fait que l'accusé ait épousé ou non la cause de l'organisation criminelle constitue un facteur de détermination de la peine qu'il convient de lui infliger[1633], comme en témoigne le jugement *Tadić.* La chambre de première instance, notant que le comportement de l'accusé qui était « *fortement imprégné des principes extrêmes du nationalisme serbe* » manifestait son « *souhait conscient de contribuer à l'élimination des éléments non serbes de l'opština de Prijedor et son engagement continu dans leur persécution* », décida qu'il convenait, en conséquence, de fonder « *la fixation de la peine appropriée sur le fait que Duško Tadic était non seulement conscient de l'attaque perpétrée par les forces serbes de Bosnie et par les autorités de la Republika Srpska opérant dans l'opština de Prijedor contre la population civile non serbe de cette région, mais qu'il l'encourageait avec enthousiasme* »[1634]. À l'inverse, l'indifférence, et à plus forte raison la désapprobation, témoignée par le participant à l'égard du projet criminel global est

[1629] TPIY, jugement *Blaškić*, préc., n°257. En ce sens également : TPIY, arrêt *Kunarac*, préc., n°103 : « *il n'est pas exigé que l'accusé partage le but ou l'objectif assigné à l'attaque* » repris par : TPIY, Arrêt *Blaškić*, préc., n° 124 ; TPIY, arrêt *Kordić et Čerkez*, préc., n°99.
[1630] Sur les conditions admises de l'élément moral des infractions internationales, v. *infra* : n°737 et s.
[1631] TPIY, arrêt *Kunarac*, préc., n°103 : « *La preuve qu'il a agi pour des raisons purement personnelles pourrait, tout au plus, indiquer qu'il n'était pas conscient que ses actes faisaient partie de l'attaque, présomption qui n'a rien d' irréfragable* ».
[1632] Pour une application jurisprudentielle, v. TPIY, jugement *Kunarac*, préc., n°592.
[1633] TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°269 où la chambre relève, plus généralement, que « *les mobiles deviennent pertinents lors de l'évaluation de la peine à imposer, en tant que circonstances aggravantes ou atténuantes* ».
[1634] TPIY, jugement *Tadić* relatif à sentence, préc., n°20.

susceptible d'être prise en compte en tant que « *circonstance atténuante* »[1635] dans l'évaluation de la peine à prononcer[1636].

672. Transition. – En dépit de la formule maladroite employée par la chambre de première instance pour définir l'élément moral du crime contre l'humanité, les juges du TPIY n'ont ainsi jamais entendu conditionner l'infraction par un dol spécial consistant dans une intention, propre à l'auteur, de réaliser le but criminel d'ensemble. L'adhésion de l'accusé au projet global est donc traitée comme un mobile sans incidence sur la constitution de l'infraction. La définition du crime contre l'humanité dans le statut du TPIR étant différente de celle prévue par le statut du TPIY, il était impossible pour les juges d'Arusha d'embrasser les conclusions du TPIY sans autre forme d'analyse. De leur interprétation de l'infraction se dégage néanmoins la même solution.

2- Le droit applicable devant le TPIR

673. Existence d'une condition discriminatoire. – La définition du crime contre l'humanité dans le statut du TPIR pose une condition que l'on ne retrouve pas dans les autres textes d'incrimination : le crime sous-jacent doit en effet être commis « *dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit*, *en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse* »[1637].

674. L'exigence d'une intention discriminatoire déduite par la jurisprudence. – Bien qu'elle soit rattachée à l'attaque d'ensemble, cette condition de discrimination posée par le texte a conduit la jurisprudence à affirmer, dans une première série de décision, que la qualification du crime contre l'humanité supposait d'établir que le crime sous-jacent avait été commis pour des motifs discriminatoires, parmi ceux énumérés[1638]. En exigeant qu'il ait été attenté à la victime *à raison* de son appartenance au groupe désigné par la politique criminelle, la jurisprudence imposait la caractérisation d'un rapport psychique soutenu entre l'agent et le projet d'ensemble. Il apparaissait en effet nécessaire que le crime ait trouvé sa cause dans la stigmatisation de la collectivité instituée par le système criminel global, ce qui revenait à exiger une certaine coïncidence des résolutions individuelle et collective. Cette interprétation

---

[1635] Ce vocable inapproprié, au sens du droit interne, est utilisé devant les juridictions pénales internationales pour signifier l'existence de circonstances devant conduire à modérer la peine à infliger à l'individu déclaré coupable. V. par ex. : CPI, *Situation en république du Mali, Affaire le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Madhi*, jugement portant condamnation (ICC-01/12-01/15-171), ch. prem. inst. VIII, 27 sept. 2016, n°73-74.
Ce vocable est couramment utilisé par les juridictions pénales internationales.

[1636] TPIY, jugement *Krstić*, préc., n°711 : « *Pour déterminer la juste peine, il convient de bien distinguer le cas des individus qui se sont laissé entraîner, même à contrecœur, dans un tourbillon de violences, du cas de ceux qui en étaient les initiateurs ou l'ont aggravé, et portent de ce fait une plus lourde responsabilité* ».

[1637] Art. 3 du Statut du TPIR.

[1638] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°584 ; TPIR, jugement *Rutaganda*, préc., n°73 ; TPIR, jugement *Musema*, préc., n°208.

jurisprudentielle tenait dès lors en échec la possibilité de reconnaître responsable un individu qui aurait agi dans un dessein personnel, comme cela est admis par le TPIY. Dans l'exemple, tiré d'une affaire précédemment étudiée, où un individu avait dénoncé les opinions anti-nazies de son épouse à la Gestapo pour s'en débarrasser[1639], le mari n'agissait pas *à raison* de l'appartenance de son épouse à un courant politique mais il *utilisait* cette appartenance politique pour faire procéder à son arrestation. En vertu de l'exigence de mobile discriminatoire, cet individu ne pourrait pas être poursuivi du chef de crime contre l'humanité. En supposant un certain ralliement de l'agent à l'idéologie d'exclusion sous-tendant le crime contre l'humanité, cette condition dégagée par la jurisprudence du TPIR venait ainsi foncièrement réduire le cercle des responsables.

675. L'exigence d'une intention discriminatoire rejetée. – Cette interprétation de la *mens rea* du crime contre l'humanité n'a pas perduré. Les juges d'appel, dans l'affaire *Akayesu*, l'ont en effet rejetée sans détours, en affirmant que « *la discrimination n'est pas une condition requise pour les divers crimes contre l'humanité, sauf dans les cas de persécution* »[1640]. Selon eux, l'élément moral de l'infraction ne saurait être défini en contemplation de cette condition, car elle ne constitue pas autre chose qu'un critère juridictionnel voué à limiter la compétence du TPIR aux seuls évènements survenus au Rwanda en 1994[1641]. Quelques jours plus tard, la chambre de première instance I reconduira cette solution dans le jugement *Bagilishema*, en précisant que le caractère discriminatoire doit être conçu comme un attribut de l'attaque et non comme l'état d'esprit propre à l'auteur du crime[1642]. Ainsi, peu importe que l'auteur ait partagé les buts et les objectifs inspirant l'entreprise criminelle d'ensemble[1643]. Cela peut évidemment être le cas. Mais l'agent pourrait tout aussi bien poursuivre un autre dessein[1644], voire s'inscrire en faux par rapport à cette entreprise[1645]. L'arrière-plan psychologique de la participation est complètement indifférent à la qualification du crime contre l'humanité.

[1639] Sur cette jurisprudence, v. *supra*, n°669.
[1640] TPIR, arrêt *Akayesu*, préc., n°466.
[1641] TPIR, arrêt *Akayesu*, préc., n°465. Tout au plus, il s'agissait de circonscrire la compétence du tribunal, en contemplation de la nature des évènements survenus sur le territoire rwandais, mais non de modifier les conditions juridiques du contexte du crime contre l'humanité.
[1642] TPIR, jugement *Bagilishema*, préc., n°81 : de l'avis de la chambre, « *si les rédacteurs du Statut avaient cherché à caractériser l'intention de l'auteur individuel comme étant discriminatoire, ils auraient inséré l'expression pertinente aussitôt après le mot "commis". De plus, ils auraient pris le soin de modifier l'Article 3 h) afin d'éviter de répéter les qualificatifs* » (n.b.p. n°79). V. également : TPIR, jugement *Seromba*, préc., n°359.
[1643] *Ibid*. v. également : TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°332 : « *Il n'est toutefois pas nécessaire que l'accusé ait souscrit à l'objectif ou aux buts visés par les auteurs de l'attaque généralisée* » ainsi que TPIR, jugement *Muvunyi*, préc., n°516 ; TPIR, jugement *Karera*, préc., n°551 ; TPIR, jugement *Simba*, préc., n°421 ou encore TPIR, jugement *Bagosora et consorts*, préc., n° 2166.
[1644] TPIR, arrêt *Gacumbitsi*, préc., n°103, dans lequel la chambre d'appel adopte les conclusions de l'arrêt *Tadić* : « *Ce n'est pas parce que l'on a pu établir que l'auteur du crime était animé de mobiles d'ordre personnel qu'il s'ensuit que ses actes étaient forcement dépourvus du lien requis avec l'attaque contre une population civile* ».
[1645] TPIR, arrêt *Akayesu*, préc., n°467.

676. Transition. – Depuis l'affaire *Akayesu* la position de la jurisprudence du TPIR est toujours restée constante sur ce point et rejoint donc celle tenue par le TPIY. Bien qu'une indication des éléments des crimes puisse en faire douter, cette règle d'indifférence aux motivations du criminel contre l'humanité ressort, également, du droit applicable devant la CPI.

3- Le droit applicable devant la CPI

677. Le silence du texte d'incrimination. – Étant admis que l'article 30 du Statut de Rome relatif à l'élément moral des crimes relevant de la compétence de la CPI ne pose aucune exigence d'adhésion de l'auteur au projet criminel d'ensemble[1646], c'est dans la seule hypothèse où le texte d'incrimination de chacun de ces crimes viendrait spécifiquement prescrire cet état d'esprit, à travers l'érection d'un dol spécial, que l'on pourrait considérer que cet élément constitue effectivement un critère subjectif du crime contre l'humanité. Or, aucune énonciation de l'article 7 du Statut de Rome définissant cette infraction n'est en ce sens. Le chapeau de l'incrimination indique, simplement, que l'auteur doit avoir eu *connaissance* de l'attaque[1647] pour que sa participation présente un caractère coupable, ce qui ne correspond pas à l'exigence d'une intention renforcée.

678. L'ambigüité des éléments des crimes. – Les éléments des crimes renferment cependant une précision qui atténue, à première vue, la force de cette analyse. Ceux-ci exposent en effet que l'intention participative est caractérisée lorsque : « *l'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie* »[1648]. Si plusieurs degrés d'intention sont visés, le texte les présente comme une alternative de sorte que la seule conscience que le comportement participe de l'entreprise d'ensemble suffit *a priori* à établir la *mens rea*. Une exception est cependant prévue : « *dans le cas où une attaque généralisée ou systématique contre une population civile est dans sa phase initiale, l'intention visée dans le dernier élément indique que l'élément psychologique est présent dès lors que l'auteur avait l'intention de mener une telle attaque* »[1649]. Ainsi, dans la phase de commencement d'exécution de l'entreprise d'ensemble, l'alternative disparaît et il devient indispensable de démontrer une intention renforcée, à savoir celle de conduire le processus d'atteinte à la population civile ciblée.

D'aucuns y voient l'exigence d'un dol spécial car il faudrait alors établir que « *l'auteur voulait, par son comportement, conduire l'attaque, ce qui implique qu'il y adhère* »[1650]. Cette

---

[1646] Voir le raisonnement opéré *supra*, n°637.
[1647] Art. 7, al. 1 du Statut de Rome. Sur la condition de connaissance, v. *infra*, n°768 et s.
[1648] *Eléments des crimes*, art. 7, élément n°3.
[1649] Eléments des crimes, art. 7, introduction, élément n°2. Etant entendu que « l'intention visée dans le dernier élément » se rapporte à l'alternative présentée : « *l'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie* ».
[1650] A.-L. VAURS CHAUMETTE, *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?*, *op. cit.*, p. 349.

lecture se conçoit si l'on considère que l'intention de l'agent s'applique alors à l'entreprise d'ensemble, en tant que telle : dans ce cas, il apparaît effectivement nécessaire que la volonté de l'agent soit tendue vers le dessein criminel global.

Mais si l'on estime que l'intention a pour objet la *participation* à l'attaque, alors la seule volonté de contribuer à sa réalisation, quel qu'en soit le motif, devrait être suffisante. La lettre des éléments de crimes n'autorise pas de réponse franche car les définitions du principe et de l'exception divergent. Eu égard à la condition d'intention, la volonté est en effet rapportée au fait de participation – l'auteur « *entendait* [que son comportement] *fasse partie* [de l'attaque] – alors que la formulation de l'exception érige la *conduite de l'attaque* en objet de l'intention requise.

Cette incertitude a toutefois été levée par la jurisprudence de la CPI qui a décidé d'écarter purement et simplement cette condition dérogatoire posée par les éléments de crimes. La déclaration est éclairante : « *il n'est pas non plus demandé que l'auteur de l'acte adhère aux buts du projet criminel de l'État ou de l'organisation, pas plus qu'il n'est exigé de démontrer l'existence d'une volonté délibérée de la part de l'auteur que son acte fasse partie de l'attaque contre la population civile, même si cette hypothèse est mentionnée dans les Éléments des crimes. Le mobile de l'auteur est donc sans importance pour cette démonstration* »[1651]. Les juges de la CPI se sont donc retranchés derrière l'interprétation admise jusqu'alors par la jurisprudence des TPI, scellant, pour l'avenir, l'absence de pertinence du but poursuivi par l'agent dans le cadre de la qualification du crime contre l'humanité.

679. Transition. – L'examen du droit applicable devant les différentes juridictions pénales internationales montre ainsi que la constitution du crime contre l'humanité, de manière générale, n'a jamais été subordonnée à la preuve d'un dol spécial exprimant l'adhésion de l'auteur au projet criminel d'ensemble. Cela étant, cet état d'esprit reste requis, à titre exceptionnel, pour la constitution de certains crimes sous-jacents.

B. L'exigence exceptionnelle d'adhésion du participant au projet criminel contre l'humanité

680. Le spécial déroge au général. – La définition de l'élément moral des infractions internationales livrée par l'article 30 du Statut de Rome s'applique de manière générale, à tous les crimes relevant de la compétence de la CPI, sauf à ce que le texte d'incrimination en dispose autrement[1652]. C'est ainsi que l'adhésion au projet d'ensemble, par principe indifférente, peut devenir une condition déterminante du crime contre l'humanité lorsque la définition du crime sous-jacent requiert la démonstration d'un tel état d'esprit coupable. Deux crimes doivent, à cet égard, être évoqués : le crime de persécution (1) et le crime d'apartheid (2).

[1651] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1125.
[1652] Art. 30, al. 1 du Statut de Rome.

1- Le crime de persécution

681. Exigence d'un mobile discriminatoire. – Le crime de persécution a toujours figuré parmi les comportements sous-jacents du crime contre l'humanité et son interprétation est restée constante : le trait saillant de la persécution réside dans le mobile discriminatoire qui la sous-tend[1653].

682. Nature du mobile discriminatoire. – Si le crime de persécution a toujours été défini à travers un dol spécial, les motifs de discrimination admis ont évolué avec le temps. Dans les Statuts des TMI de Nuremberg et de Tokyo, ils s'entendaient de motifs politiques, raciaux ou religieux[1654]. Cette délimitation des mobiles discriminatoires caractérisant la persécution a été reprise à l'identique dans le statut des TPI[1655], à la nuance près qu'a été substituée la conjonction « *et* » au « *ou* » dans les textes d'incrimination. De toute évidence, les rédacteurs n'entendaient pas exiger la réunion de ces trois mobiles discriminatoires pour un fait donné. La jurisprudence est revenue sur cette formulation maladroite et a signalé que ces différents motifs visés par le texte « *ont le caractère de possibilités différentes* » si bien que l'existence d'un seul d'entre eux suffit pour qu'il y ait persécution[1656]. La catégorie a ensuite été considérablement étoffée dans le statut de Rome. Sont désormais visés les « *motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international* »[1657]. Non seulement la liste des mobiles intéressant la qualification de la persécution a été rallongée, mais elle est surtout devenue non exhaustive. Ainsi, dorénavant, peu importe le paramètre à la lumière duquel le groupe a été stigmatisé, pour peu qu'il soit universellement reconnu comme inadmissible en droit international. Ce qui compte est qu'il ait été identifié comme tel, pour une raison quelconque, et que ses membres aient été atteints dans leurs droits fondamentaux en conséquence.

683. Contenu de l'intention discriminatoire. – La question reste cependant de savoir ce que recouvre précisément l'intention discriminatoire requise. La jurisprudence du TPIY s'est essayée à préciser les contours de cet état d'esprit dans le jugement *Kupreškić et consorts*. De plusieurs exemples, essentiellement tirés des jugements d'après-guerre, la chambre de première instance a dégagé un dénominateur commun : « *ces actes visaient tous à singulariser certains individus et à leur nuire pour des motifs discriminatoires, en les privant de l'exercice des droits politiques, sociaux ou économiques dont bénéficient les autres membres de la société. On peut considérer que l'objectif même de cette privation de droits est d'exclure ces individus de la*

[1653] TPIY, jugement *Kvočka et consorts*, préc., n°194.
[1654] Art. 6 al. c) du Statut du TMI de Nuremberg ; Art. 5 al. c) du Statut du TMI de Nuremberg.
[1655] Art. 5 al. h) du Statut du TPIY ; Art. 3 al. h) du Statut du TPIR.
[1656] TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°712.
[1657] Art. 7 al. 1, h) du Statut de Rome.

société dans laquelle ils cohabitaient avec les auteurs des actes, voire de l'humanité elle-même »[1658]. Mais cette déclaration ne met pas encore pleinement en évidence l'essence de la persécution. Elle ressort en revanche pleinement de celle qui suit : « *la persécution, en tant que crime contre l'humanité, est une infraction qui relève du même* genus *que le génocide. Il s'agit, dans les deux cas, de crimes commis contre des personnes qui appartiennent à un groupe déterminé et qui sont visées en raison même de cette appartenance* (…) »[1659]. Le propre de l'intention discriminatoire est ainsi de viser, derrière la victime directement atteinte, le groupe auquel elle appartient : il est la cible ultime et véritable de l'atteinte. Ainsi, l'individu n'est pas atteint pour ce qu'il est, sinon pour ce qu'il représente, à savoir le groupe marginalisé.

684. L'exigence d'une adhésion au projet. – Cette définition de la persécution en appelle à la spécificité même du crime contre l'humanité. La différence fondamentale entre cette infraction et les infractions de droit commun tient en effet, selon la jurisprudence, au fait que « *l'accent n'est pas mis sur la victime individuelle mais plutôt sur la collectivité, la victimisation de l'individu ne tenant pas à ses caractéristiques personnelles mais plutôt à son appartenance à la population ciblée* »[1660]. Cette déclaration, qui se rapporte au contexte du crime contre l'humanité, laisse transparaître le profond lien unissant le crime de persécution et l'entreprise criminelle globale. Ces deux actions ont en effet pour caractéristique d'être dirigées contre une entité collective. Mais tandis que l'entreprise d'ensemble a pour domaine de réalisation le cadre des relations intercommunautaires – un *groupe* criminel donné désigne comme cible une *entité collective* déterminée –, le crime de persécution se manifeste, quant à lui, au plan des relations interindividuelles : il est commis par un individu contre un autre individu, parce que ce dernier est membre du groupe ciblé en arrière-plan. À la lumière de ces considérations, le mobile discriminatoire caractérisant les persécutions serait finalement l'expression de l'adhésion au projet d'ensemble de l'exécutant.

685. Coïncidence du mobile individuel avec l'idéologie criminelle globale. – La jurisprudence étaye cette analyse. Dans l'affaire *Kordić et Čerkez*, les juges du TPIY ont en effet affirmé qu'« *afin de satisfaire à l'élément moral plus strict requis pour constituer le crime de persécution, l'accusé doit avoir fait siens les objectifs visés par la politique discriminatoire mise en place : "exclure ces individus de la société dans laquelle ils cohabitaient avec les auteurs des actes, voire de l'humanité elle-même"* »[1661]. Cette déclaration générale confirme ainsi que le mobile discriminatoire animant l'agent doit coïncider avec l'idéologie d'exclusion sous-tendant l'entreprise criminelle d'ensemble. Il s'ensuit, négativement, que l'atteinte d'un membre du groupe ciblé pour des raisons autres que celles promues par l'organisation

[1658] TPIY, jugement *Kupreškić et consorts*, préc., n°634.
[1659] *Ibid*., n°636.
[1660] TPIY, jugement *Tadić,* préc., n°644. En ce sens également : TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°178.
[1661] TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°220.

criminelle ne saurait tomber sous le coup de la qualification de crime contre l'humanité. Tel serait le cas, par exemple, si une collectivité, par exemple un groupe ethnique, était ciblée par une campagne d'expulsion et qu'un individu, en connaissance de ce contexte d'ensemble, décidait de s'en prendre à une ou plusieurs membres de la collectivité visée, non pas à raison de leur appartenance ethnique, mais pour des motifs strictement pris de leur confession religieuse.

Au-delà de la remarque générale précitée, l'opération de qualification judiciaire rend largement compte du fait que le dol spécial de la persécution s'analyse comme la manifestation d'une adhésion de l'agent au projet criminel d'ensemble. L'intention discriminatoire requise est en effet systématiquement appréhendée à l'aune de la finalité poursuivie par l'organisation criminelle. Concrètement, la caractérisation de l'élément moral du crime de persécution est effectuée en deux temps : d'abord, est identifié le but criminel d'ensemble ; ensuite, est recherchée une correspondance entre les faits en cause et le but criminel global. L'affaire *Kupreškić et consorts* peut être prise en exemple. Les juges ont dans un premier temps examiné le contexte des exactions en cause. Ils ont ainsi relevé que l'attaque lancée contre les victimes, qui « *étaient des civils musulmans* », ne relevait pas d'« *une opération de combat mais du massacre planifié et organisé de civils d'un groupe ethnique, les Musulmans, par l'armée d'un autre groupe ethnique, les Croates. Ce massacre avait pour objectif fondamental d'expulser les Musulmans du village en en tuant un grand nombre, en brûlant leurs maisons et leur bétail et en détenant et déportant illégalement les survivants vers une autre zone. Ces actes avaient pour but ultime de semer la terreur dans la population pour dissuader les membres de ce groupe ethnique de jamais retourner chez eux* »[1662]. Ainsi existait-il une entreprise criminelle d'ensemble, précisément une entreprise de purification ethnique, dirigée contre une collectivité civile déterminée, à savoir un groupe musulman. Dans un second temps, la chambre a procédé à l'analyse du comportement de chacun des accusés poursuivis du chef de persécution. S'agissant de Zoran *Kupreškić*, la chambre a estimé, compte tenu des faits, qu'il avait « *attaqué ses voisins musulmans seulement en raison de leur appartenance ethnique et dans le but de "nettoyer" le village de tous ses habitants musulmans* »[1663]. À l'issue de son examen, elle affirma que « *le principal mobile de sa participation, sinon le seul, était l'expulsion forcée des Musulmans de la région de la vallée de la Lašva, manifestant clairement de ce fait une intention discriminatoire* »[1664] et le déclara coupable de persécution. Ce raisonnement, que l'on retrouve dans d'autres décisions relatives à l'infraction de persécution[1665], est révélateur de l'importance attachée à la coïncidence du dessein personnel de l'accusé avec le projet d'ensemble et montre que le dol spécial requis est à concevoir à la lumière du projet poursuivi par l'entreprise criminelle globale.

[1662] TPIY, jugement *Kupreškić et consorts*, préc., n°749. V. également n°762.
[1663] *Ibid*., n°780.
[1664] *Ibid*., n°783-784.
[1665] V. not. TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°827-828 ; TPIY, jugement *Kvočka et consorts*, préc., n°198.

686. Dilution du dol spécial dans le dessein criminel d'ensemble. – Il est d'autant plus manifeste que la jurisprudence fait du projet criminel d'ensemble le prisme à travers lequel est appréhendée l'intention discriminatoire qu'elle en vient, dans certaines hypothèses, à confondre ces deux conditions au moment de caractériser le dol spécial requis. Il est certain que la preuve d'une telle intention est par nature délicate, sauf à ce qu'elle ait été clairement démontrée par les faits et gestes de l'agent[1666]. Aussi, la plupart du temps, l'intention discriminatoire de l'accusé va être déduite de preuves indirectes, telles que les circonstances de commission de son comportement. Cette technique probatoire est admissible, en soi, dans la mesure où les facteurs considérés permettent raisonnablement de conclure que l'auteur des persécutions s'identifiait à l'idéologie discriminatoire inspirant l'entreprise d'ensemble. Mais on peut noter qu'il se dégage une tendance de la jurisprudence à assimiler adhésion et connaissance. Par exemple, dans le jugement *Bagosora*, le TPIR s'est essentiellement contenté de relever que « *les assaillants et les accusés savaient que ces attaques s'inscrivaient dans le cadre d'attaques généralisées et systématiques dirigées contre la population civile en raison de son appartenance ethnique et politique* » pour établir leur intention discriminatoire[1667]. Le même raisonnement ressort du jugement *Popović* et consorts. En témoigne la conclusion suivante : « *La Chambre pense que la connaissance qu'avait Popović du projet visant à tuer les membres d'un groupe ethnique en particulier et sa participation, en connaissance de cause, à ce projet montrent clairement son intention discriminatoire* »[1668]. La connaissance n'emporte pourtant pas nécessairement adhésion. Plus encore, certaines décisions occultent totalement la question de l'état d'esprit ayant animé l'auteur du crime dans la qualification des persécutions. Par exemple, dans la déclaration de charges portées à l'encontre de Laurent Gbagbo, la chambre de première instance s'est fondée sur le fait que divers crimes (des meurtres, des viols et des blessures imputables aux forces pro-Gbagbo) avaient été commis à l'encontre d'au moins 316

[1666] Par exemple, dans l'affaire *Ntaganda*, les juges de la CPI ont pu aisément déduire l'intention discriminatoire de l'accusé, poursuivi par le meurtre isolé d'une victime Lendu, du fait qu'il avait lui-même travaillé à l'élaboration du plan de purification ethnique dont la cible était le groupe Lendu. v. CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°749 (caractérisation du dol spécial) et n°1177 et s. (conclusions établissant la participation de l'accusé à l'élaboration de la politique criminelle auxquelles renvoie la Chambre lorsqu'elle établit le dol spécial). Pour un raisonnement similaire, similaire, v. aussi : CPI, Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Muthaura, Kenyatta et Ali*, préc., n°416.

[1667] TPIR, jugement *Bagosora*, préc., n°2212 : « [la chambre] *fait observer en outre qu'il s'évince clairement des circonstances qui ont entouré les attaques pertinentes que leurs auteurs étaient animés de l'intention discriminatoire prohibée, pour des motifs ethniques ou politiques. Elle relève en particulier que pour bon nombre de ces crimes, elle a déjà conclu que les assaillants étaient habités par une intention génocide. Elle affirme que les assaillants et les accusés savaient que ces attaques s'inscrivaient dans le cadre d'attaques généralisées et systématiques dirigées contre la population civile en raison de son appartenance ethnique et politique* ». Si l'intention génocidaire peut effectivement servir à établir l'intention requise pour les persécution, ce premier argument invoqué par le tribunal a ses limites. Il est inopérant relativement aux persécutions dirigées à l'encontre des victimes atteintes à raison de leur appartenance politique, cette caractéristique identitaire ne faisant pas partie des critères de discrimination admis dans la définition du génocide. Relativement à ces victimes, c'est donc la seule connaissance du caractère discriminatoire de l'attaque qui est utilisée pour démontrer leur intention discriminatoire personnelle.

[1668] TPIY, jugement *Popović et consorts*, préc., n°1194. Le même raisonnement est employé pour établir l'intention discriminatoire de l'accusé Beara : *ibid*., n°1331.

victimes considérées comme des partisans d'Alassane Ouattara pour établir la réalité des persécutions[1669]. Cette observation étaye incontestablement la dimension discriminatoire de l'entreprise criminelle d'ensemble mais elle n'est pas mise au service de la caractérisation de l'état d'esprit propre à l'accusé. Dans ces conditions, le dol spécial de la persécution est en définitive qualifié sur le fondement de l'existence d'une campagne discriminatoire plus large, ce qui revient finalement à diluer le crime sous-jacent dans son contexte.

687. Banalisation de la qualification. – Cette appréhension *a minima* du dol spécial requis tend à vider de sa substance le crime de persécution et ouvre la voie à une application systématique de cette qualification sous-jacente.

Cette critique peut être adressée, d'abord, au raisonnement des juges des TPI consistant à déduire l'intention discriminatoire de l'agent de *sa connaissance du projet d'ensemble*. La connaissance du projet d'ensemble étant une condition générale de la *mens rea* du crime contre l'humanité[1670], les juges ne peuvent se faire l'économie de sa démonstration. Autrement dit, cet élément cognitif doit être en tout état de cause caractérisé. Or, s'il suffit de vérifier la connaissance de l'entreprise par l'agent pour présumer de son adhésion au projet d'ensemble, alors l'intention discriminatoire découlera, naturellement, de la caractérisation de l'élément moral général de l'infraction. Ainsi, à chaque fois que le crime contre l'humanité sera constitué, le dol spécial assortissant les persécutions pourra finalement être établi et cette qualification sous-jacente appliquée.

S'agissant ensuite de la seconde technique probatoire consistant à déduire l'intention discriminatoire de *l'existence d'une campagne générale de discrimination* lancée contre une population civile déterminée, à savoir la technique utilisée par la CPI, le même constat s'impose. La notion de crime contre l'humanité implique, par essence, un processus de stigmatisation d'une collectivité. Cette dernière est sujette à une entreprise d'oppression parce qu'elle a été identifiée par une organisation comme un ennemi à neutraliser, à tout le moins idéalement et, dans le pire des cas, physiquement : tel est le critère permettant de distinguer le crime contre l'humanité des autres formes de violences massives[1671]. Aussi, dans les faits, une telle entreprise criminelle est vouée à se manifester par la commission de crimes multiples et répétés à l'encontre des membres du groupe désigné, et donc par une campagne générale de

---

[1669] CPI, *Décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de Laurent Gbagbo*, préc., n°204-205. Laurent Gbagbo était poursuivi du chef de persécution en tant que coauteur indirect. Sa responsabilité pénale était ainsi engagée à raison de sa participation intellectuelle à l'entreprise criminelle. Les crimes en cause, constitutifs des persécutions, avaient donc été commis par des tiers. C'est la raison pour laquelle la chambre se contente à ce stade, de constater le caractère discriminatoire de l'attaque. Cela étant, elle n'a pas recherché au stade de l'étude de la responsabilité individuelle de l'accusé s'il avait été personnellement animé d'une intention discriminatoire. Le fait qu'il ait été l'un des concepteurs du projet criminel d'ensemble ne permet pas d'en douter, mais la Cour ne s'est pas attaché à établir cette réalité. En cela, la caractérisation du crime de persécution manque donc de rigueur, même si les faits laisse constater qu'il était légitime de retenir cette qualification.

[1670] Ou plus exactement une condition générale du dol général commun aux infractions internationationales. Sur ce point, v. *infra*, n°742 et s.

[1671] V. *supra*, n°128 et s.

discrimination dirigée contre ce groupe. En faisant reposer la caractérisation de l'élément intentionnel du crime de persécution sur cette circonstance, la jurisprudence en vient à diluer l'exigence de dol spécial dans le contexte de l'infraction. Or, la caractérisation du contexte étant un prérequis indispensable à la qualification du crime contre l'humanité, il s'ensuit que la qualification de persécution va pouvoir être systématiquement appliquée. Le risque qui en découle est celui d'une banalisation de la qualification de persécution. Aussi délicate soit la démonstration du dol spécial requis, il incombe d'en rapporter soigneusement la preuve. Toute la spécificité de cette infraction sous-jacente réside en effet dans son élément moral[1672], lequel est voué à marquer la culpabilité exacerbée du participant en signifiant son adhésion profonde à l'idéologie discriminatoire sous-tendant l'entreprise criminelle. Il faut ainsi réserver cette qualification aux seuls crimes soutenus par une intention discriminatoire avérée afin qu'elle puisse conserver sa force expressive et, par conséquent, un intérêt.

688. Transition. – Historiquement, le crime de persécution était la seule infraction sous-jacente à renfermer cette exigence d'adhésion au projet d'ensemble. Depuis l'adoption du statut de Rome, une autre infraction répond à ce modèle : le crime d'apartheid.

2- Le crime d'apartheid

689. Intention de maintenir le régime d'apartheid. – On trouve également une exigence d'intention renforcée dans l'incrimination du crime d'apartheid, qui énonce que l'acte inhumain incriminé doit être « *commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime* »[1673]. L'intégration de ce crime au sein des infractions sous-jacentes du crime contre l'humanité par le Statut de Rome est fortement contestable. En soi, l'apartheid n'est pas un crime sous-jacent. Il est une *espèce*

[1672] L'élément matériel de l'infraction de persécution ne présente aucune spécificité. Sous cette qualification peut en effet être subsumé l'ensemble des infractions sous-jacentes par ailleurs incriminées, pour peu que leur commission ait été inspirée par un mobile discriminatoire (TPIY, jugement *Kupreškić et consorts*, préc., n°605). TPIY, jugement *Kvočka et consorts*, préc., n°186 : « *Jusqu'ici, les Chambres de première instance du TPIY ont estimé que les actes suivants pouvaient être qualifiés de persécutions lorsqu'ils étaient commis avec l'intention discriminatoire requise : l'emprisonnement, la détention illégale de civils, les atteintes à la liberté individuelle, l'assassinat, la déportation ou le transfert forcé, ainsi que "l'arrestation, le rassemblement, la séparation et le transfert forcé de civils aux centres de détention", la destruction généralisée de maisons et de biens, la destruction de villes et villages et autres biens publics ou privés et le pillage de biens, les attaques dirigées contre des villes ou villages, le fait d'obliger une personne à creuser des tranchées et l'utilisation d'otages ou de boucliers humains, la destruction ou la dégradation délibérée d'édifices consacrés à la religion ou à l'éducation et les violences sexuelles* » (références omises). La jurisprudence de la CPI retient la même analyse. V. CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°991 et s.
Par ailleurs, il est admis que le crime de persécution peut également être constitué à l'endroit de comportements qui ne sont pas visés au sein des textes d'incrimination « *mais qui emportent déni d'autres droits fondamentaux, à condition que les actes visés, pris ensemble ou séparément, atteignent le même degré de gravité que les autres crimes contre l'humanité prohibés par l'article 5 du Statut* » : TPIY, jugement *Kvočka et consorts*, préc., n°185.
[1673] Art. 7 al. 2, h) du Statut de Rome.

particulière d'entreprise criminelle contre l'humanité qui tire sa spécificité de l'objet du projet criminel poursuivi, à savoir assurer la domination d'un groupe racial déterminé[1674]. La définition du crime en rend compte au demeurant : elle fait état de l'existence d'un *régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial*, ce qui ne renvoie pas à un comportement individuel mais bien à un système criminel d'ensemble. Mais si le projet de domination raciale s'entend ainsi d'un but global, plus que d'une intention individuelle, il reste que le texte d'incrimination requiert expressément que l'auteur ait agi « *dans l'intention de maintenir ce régime* »[1675]. Il en découle ainsi que la participation matérielle à l'apartheid doit être sous-tendue par une adhésion au projet de domination du groupe racial ou, à tout le moins, être muée par une volonté de soutenir le régime oppressif instauré[1676].

690. Critique du bien-fondé du dol spécial. – Cette condition d'intention renforcée a été introduite afin de limiter le cercle des responsables, en réponse à la préoccupation exprimée par les États-Unis que des citoyens américains parties à des groupements privés suprémacistes puissent être déclarés coupables d'apartheid[1677]. Il est cependant difficile de saisir en quoi le dol spécial posé présenterait un tel effet limitant. Le but dans lequel agit l'exécutant ne préjuge en aucun cas de la nature de l'organisation à l'origine de la mise en place du régime d'apartheid : il pourrait tout aussi bien s'agir d'un État que d'une entité privée. L'objectif affecté à l'exigence de dol spécial témoigne de la confusion régnant entre les différents éléments du crime contre l'humanité, en ce que la question du collectif criminel à l'œuvre a trait à l'élément contextuel de l'infraction, et non au comportement individuel qui y contribue. En réalité, l'exclusion des acteurs privés aurait dû être ancrée dans la description du contexte global d'apartheid[1678]. À la lumière de ces considérations, on peut douter du bien-fondé du dol spécial exigé. Par ailleurs, on ne voit pas non plus en quoi ce standard intentionnel viendrait restreindre, de fait, la sphère des responsables d'apartheid aux seuls dirigeants et organisateurs de l'entreprise[1679]. Le degré d'intention criminelle n'est pas fonction du rang hiérarchique d'un individu. L'intensité de la résolution est propre à chacun des participants, elle dépend de multiples facteurs, endogènes comme exogènes, de sorte qu'elle n'est pas liée au statut de l'agent. Un exécutant pourrait très bien compter parmi les membres les plus radicaux de l'entreprise criminelle.

[1674] V. *supra*, n°131.
[1675] Art. 7 al. 2, h) du Statut de Rome.
[1676] O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, incriminations, responsabilité*, *op. cit*., p. 192.
[1677] A. BULTZ, « Redefining Apartheid in International Criminal Law », *Criminal law forum*, juin 2013, vol. 24, p. 225.
[1678] A noter que le fait que soit visé un « *régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux* » semble limiter le champ du crime aux seules entreprise conduites par des États ou à tout le moins par des États de fait.
[1679] C. STAHN, *A critical introduction to international criminal law*, Cambridge University Press, 2018, p. 69.

691. Critique de la définition du dol spécial. – Le contenu même du dol spécial requis est par ailleurs sujet à critique. L'emploi du verbe *maintenir* est en effet restrictif : *quid* des individus agissant dans l'intention *d'établir* le régime de domination raciale ? Cette limitation est d'autant plus curieuse que la définition conventionnelle du crime d'apartheid, de laquelle est issue l'incrimination, vise justement les actes inhumains commis « *en vue d'instituer ou d'entretenir* »[1680] la domination d'un groupe racial sur n'importe quel autre groupe racial. Interprétée strictement, la lettre du texte s'oppose ainsi à ce que les responsables de la mise en place du régime d'apartheid puissent être déclarés coupables de crimes contre l'humanité[1681]. Aussi, d'aucuns invitent à retenir une interprétation large du terme maintenir pour que l'ensemble des participations puissent être couvertes, qu'elles soient vouées à mettre en place le système oppressif ou à assurer sa conservation[1682]. Du reste, cette critique n'est pas la seule adressée à l'emploi du terme maintien pour définir le dol spécial. Des auteurs ont souligné que cette définition était exclusive des actes commis dans le but d'instituer un *nouveau* régime d'oppression – qu'il soit pire ou moins sévère – à la place de celui existant[1683]. Cela dépendra, en définitive, de l'acception admise par la Cour pénale internationale du terme maintenir. Si elle en retient une interprétation large, alors la substitution d'un régime de domination à un autre devrait être couverte par l'infraction. Mais si elle choisit de le comprendre en son sens premier, c'est-à-dire comme le fait de conserver dans un état déterminé, alors cette situation devrait effectivement échapper au domaine de l'incrimination.

692. Abandon du dol spécial requis. – Ces différentes remarques invitent à s'interroger plus généralement sur la pertinence du dol spécial exigé. Si l'on consent à appréhender le crime d'apartheid comme une espèce du genre plus large que constitue le crime contre l'humanité, et non comme l'un de ses crimes sous-jacents, il apparaît judicieux d'aligner sa définition sur le modèle général de l'infraction. La dimension discriminatoire de l'infraction devrait être conçue comme un attribut du régime politique caractérisant le contexte de l'infraction et l'exigence de dol spécial devrait être abandonnée. Les motifs ayant présidé à l'érection d'une telle exigence ne sont pas convaincants. Par ailleurs, rien ne justifie que l'exécution d'une telle politique de domination raciale soit soumise à un régime différent : pour tous les autres crimes sous-jacents du crime contre l'humanité, il suffit que l'agent ait participé volontairement et en connaissance de cause à la réalisation de l'entreprise criminelle[1684]. Pourquoi alors requérir une intention renforcée s'agissant de la politique d'apartheid ? Cette exigence infondée réduit l'effectivité de

---

[1680] AGNU, Rés. 3068 (XXVIII), *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*, 30 nov. 1973, Art. 2.
[1681] A. BULTZ, « Redefining Apartheid in International Criminal Law », préc., *loc. cit.* ; C. LINGAAS, « The Crime against Humanity of Apartheid in a Post-Apartheid World », *Oslo Law Review*, 2015, vol. 2, p. 102.
[1682] C. LINGAAS, « The Crime against Humanity of Apartheid in a Post-Apartheid World ». préc., *loc. cit*.
[1683] C. HALL, « Crimes Against Humanity » in O. Triffterer (Dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, *op. cit*., p. 295, n°148 ; A. BULTZ, « Redefining Apartheid in International Criminal Law » préc., *loc. cit*.
[1684] Sur les conditions du dol général des infractions internationales, v. *infra*, n°737 et s.

l'incrimination en ce qu'elle limite démesurément le champ des responsables aux seules personnes convaincues par l'idéologie discriminatoire. Or, que l'auteur de l'acte criminel n'ait pas été acquis à la cause ne fait pas de lui un participant moins reprochable. Il faudrait pouvoir le poursuivre en toutes circonstances et réduire sa disposition d'esprit quant au projet criminel à un simple élément d'évaluation de la sanction pénale qu'il convient de lui infliger, comme c'est le cas pour l'infraction générique que constitue le crime contre l'humanité.

693. Bilan. – Le crime d'apartheid, comme le crime de persécution, déroge ainsi dans sa définition statutaire au principe selon laquelle l'adhésion au projet d'ensemble est une condition indifférente de la constitution du crime contre l'humanité. Pour autant, ces exceptions qui devraient être écartées n'entament pas la force de la règle générale d'absence de prise en compte des mobiles car leur caractérisation n'est pas une condition nécessaire de la qualification du crime contre l'humanité. Le fait de participation à l'entreprise d'ensemble est en effet susceptible de se concrétiser dans la réalisation de nombreuses autres infractions sous-jacentes, pour lesquelles aucun dol spécial n'est requis. Ainsi, la qualification du crime contre l'humanité n'implique en aucun cas de démontrer que le participant épousait les objectifs criminels promus par l'organisation collective.

694. Conclusion de la section 1. – À l'issue de cette analyse, il apparaît clairement que l'adhésion au projet criminel d'ensemble n'est pas une condition de l'intention participative de la majeure partie des infractions internationales. Ce projet est un attribut de l'entreprise collective constituant le contexte de l'infraction qui n'a pas à être embrassé par le participant pour que sa culpabilité soit établie, et ce, quelle que soit la nature de sa contribution. En effet, la même solution s'impose, que l'agent ait contribué à organiser la mise en œuvre du projet ou qu'il ait pris part à son exécution. Le rapport psychique entre le participant et le but criminel d'ensemble peut en effet recouvrir diverses réalités – il peut tout autant avoir fait sien cet objectif que le désapprouver. Mais cette disposition d'esprit n'a aucune incidence sur l'engagement de la responsabilité pénale internationale et ne doit pas en avoir. Tout au plus peut-elle constituer un élément d'évaluation de la peine qu'il convient de prononcer à l'encontre du participant ou un élément de preuve du dol général participatif[1685].

Il est toutefois impossible, à ce stade, d'affirmer que l'adhésion au projet criminel n'est *jamais* une condition de l'intention participative puisqu'elle est requise pour la qualification du génocide. Pour autant, l'analyse de cet élément conduit à considérer qu'il devrait tout autant s'agir d'un critère indifférent.

[1685] On entend par là, l'intention de prendre part à l'entreprise d'ensemble, en tant qu'élément moral minimal des infractions internationales. Cette condition sera développée *supra*, n°740, après l'étude de l'infraction de génocide.

Section 2. L'adhésion au projet génocidaire indifférente *de lege ferenda*

695. Collectivisation du projet de destruction du groupe protégé. – S'agissant du génocide, la jurisprudence a toujours analysé le but de destruction du groupe national, ethnique, racial ou religieux comme une intention individuelle, devant animer, en propre, l'auteur de l'acte sous-jacent. Sans préjuger de la pertinence de cette interprétation, il a été avancé qu'il fallait, en tout état de cause, collectiviser ce but qualifiant, et ainsi conditionner la qualification de l'infraction par l'existence d'une *entreprise génocidaire d'ensemble*[1686], suivant le modèle auquel répondent les autres infractions internationales. Pour le dire autrement, il faut donc que le fait sous-jacent s'intègre à une entreprise collective de destruction d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux pour pouvoir être qualifié de génocide.

696. Nécessaire adhésion de l'agent au projet de destruction collectif ? – La question qui se pose, désormais, est celle de savoir si l'exigence d'intention génocidaire *individuelle* doit être conservée. En soi, plaider pour la collectivisation du but de destruction n'induit pas forcément la mise à l'écart du dol spécial admis par la jurisprudence. Ces deux exigences pourraient très bien se cumuler : dans ces conditions, il faudrait alors établir, au titre de la qualification du contexte, l'existence d'un projet de destruction poursuivi par une organisation criminelle collective, et, au titre de la qualification de l'infraction, l'adhésion du participant audit projet.

697. Nécessaire abandon de la condition d'intention individuelle de destruction. – En dépit du profond ancrage dont elle dispose, il apparaît néanmoins que la condition de dol spécial à laquelle est subordonné le génocide devrait être abandonnée *de lege ferenda*. Plusieurs arguments militent en ce sens. Les premiers sont d'ordre théorique : à l'analyse, aucun élément juridique ne commande l'exigence d'un standard intentionnel aussi élevé, ce qui conduit à considérer que cette exigence est dépourvue de bien-fondé (§1). Les seconds sont issus de l'étude du traitement judiciaire de la condition d'intention individuelle. Les décisions rendues laissent en effet transparaître un véritable décalage entre la théorie et la pratique : alors même que la jurisprudence affirme, avec constance, qu'il est impératif d'établir que l'auteur du crime sous-jacent était animé d'une volonté de destruction du groupe ciblé, cette condition est largement contournée au cours de l'opération de qualification, ce qui invite à relativiser son importance (§2).

[1686] V. *supra*, n°281 et s.

§1. L'absence de bien-fondé de l'exigence d'intention individuelle de destruction

698. Analyse du texte : la lettre et l'esprit. – La définition du génocide fait reposer la qualification de l'infraction sur la finalité particulière affectée au crime sous-jacent. Il doit être commis « *dans l'intention de détruire un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel* ». Pour la jurisprudence, il ne fait aucun doute que la formule consacrée invite à établir que l'auteur du crime sous-jacent nourrissait, en lui-même, l'ambition de détruire l'un des groupes protégés. Il est aujourd'hui largement admis que « *le génocide se distingue d'autres crimes en ce qu'il comporte un dol spécial, ou* dolus specialis. *Le dol spécial d'un crime est l'intention précise, requise comme élément constitutif du crime, qui exige que le criminel ait nettement cherché à provoquer le résultat incriminé* »[1687]. Cette interprétation n'a jamais été discutée. L'étude approfondie de la condition de dol spécial tend pourtant à la remettre en cause. D'une part, elle ne dispose d'aucun fondement textuel, la définition conventionnelle du génocide de laquelle est issue le texte d'incrimination ne posant aucune exigence en ce sens (A). D'autre part, il apparaît que le standard intentionnel posé ne trouve pas davantage de fondement dans le concept de génocide (B).

A. L'absence de fondement textuel de l'exigence d'intention individuelle de destruction

699. Analyse littérale de la définition du génocide. – Le terme *intention* employé dans la définition du génocide ne semble pas suffisant pour asseoir catégoriquement l'exigence d'un dol spécial ; le concept d'intention est trop fuyant pour cela. Le seul cadre d'analyse du droit français suffit à en rendre compte. La loi n'en proposant aucune définition juridique – bien qu'elle lui réserve une disposition générale[1688] –, la conceptualisation de l'intention délictueuse est ainsi essentiellement le fruit du travail de la doctrine. Or, il est notable que le concept fait l'objet de différentes approches. Si la doctrine contemporaine s'accorde majoritairement à la définir comme une tension de la *volonté*[1689], les criminalistes classiques la présentaient quant à eux comme « *la connaissance ou la conscience chez l'agent qu'il accomplit un acte illicite* »[1690]. Ces brèves remarques sont vouées à montrer qu'au sein d'un système juridique donné, le concept d'intention peut faire l'objet d'interprétations distinctes et qu'il n'est pas toujours pensé comme relevant d'un processus volitif. Et cette conclusion s'impose, à plus forte raison, lorsque

[1687] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°498. V. également : TPIR, jugement *Musema*, préc., n°164 ; TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°91 ; TPIR, jugement *Kambanda*, préc., n°16 ; TPIY, jugement *Jelisić*, préc., n°66 ; TPIY, jugement *Krstić*, préc., n°571.
[1688] C. pén., art. 121-3.
[1689] Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°380 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°276 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°228 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n°312.
[1690] E. GARÇON, *Code pénal annoté*, *op. cit*., art 1, n°77. V. également, même si cela est plus nuancé, : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général, op. cit*., n°579.

la perspective d'analyse est celle du droit international pénal. Cet ensemble normatif emprunte ses règles à des systèmes de tradition juridique disparates où ne prévalent pas les mêmes interprétations. Un auteur s'est attelé à comparer la réception du concept d'intention dans ces différents systèmes pour mieux montrer qu'il était tantôt entendu au sens d'une volonté tendue vers un but déterminé, tantôt comme une connaissance des circonstances et conséquences de l'acte accompli[1691]. Selon lui, l'interprétation littérale du terme intention ne donne la préférence à aucune de ces deux approches[1692]. La définition de l'intention proposée par le statut de Rome achève d'en convaincre. Cet élément psychologique renvoie alternativement à deux standards distincts : la *volonté* de causer une conséquence ou *la conscience* qu'elle adviendra dans le cours normal des évènements[1693]. Si le premier d'entre eux correspond effectivement à une tension de la volonté vers un résultat donné, le second s'analyse plutôt comme une *acceptation* de ce résultat. Peu importe, dans ce dernier cas, que l'agent ait positivement désiré sa réalisation. Or, cette disposition d'esprit satisfait la caractérisation de la condition d'intention au sens du statut de Rome, de sorte que l'on ne peut en conclure que l'intention, en droit international pénal, s'entend nécessairement au sens d'une volition. Au regard de ces considérations, il est donc malaisé d'affirmer que le concept d'intention implique, *ipso facto*, que la destruction du groupe constitue un but propre à l'agent.

700. Analyse téléologique de la définition du génocide. – L'analyse téléologique de la définition du génocide n'est pas plus concluante. L'étude des travaux de Lemkin, qui ont largement influencé l'élaboration de la Convention sur le génocide de laquelle est issue l'incrimination, a déjà permis de montrer que celui-ci entendait le processus de destruction comme le fruit d'une entreprise collective reposant sur la mise en œuvre d'« *un plan coordonné de différentes actions visant à détruire les fondements essentiels de la vie des groupes nationaux, dans le but d'annihiler les groupes eux-mêmes* »[1694]. Sa conception du but d'annihilation suit cette approche : pour lui, il s'agit d'un dessein criminel global, d'un but poursuivi au plan d'ensemble et non d'une intention propre aux agents conduisant l'entreprise. Or, rien n'indique que les rédacteurs de la Convention en aient eu une vision différente.

D'abord, dans le projet de Convention préparé par le secrétariat des Nations Unies, la destruction du groupe paraît bien pensée comme un objectif d'ensemble. Certes, les commentaires qui y sont formulés posent le principe selon lequel « *il faut que l'acte ait été intentionnel* »[1695], ce qui suggère une approche individualisée du comportement de génocide et de la résolution qui l'anime. Les développements qui suivent l'énoncé de cette règle infirment

[1691] K. AMBOS, « What does "intent to destroy" mean », préc., p. 842-845. V. également pour une étude de la notion d'intention en droit comparé menant aux mêmes conclusions : A. K. A. GREENAWALT, « Rethinking Genocidal Intent : The Case for a Knowledge-Based Interpretation », préc., pp. 2266-2270.
[1692] *Ibid*., p. 844.
[1693] Art. 30 al. 2, b) du statut de Rome.
[1694] R. LEMKIN, *Qu'est-ce qu'un génocide ?*, *op. cit*., p. 215.
[1695] NU, Conseil économique et social, *Projet de Convention sur le crime de génocide*, Doc. off. E/447, 26 juin 1947, p. 27.

toutefois cette intuition puisque l'attention est replacée sur le comportement collectif, c'est-à-dire sur l'entreprise collective. En témoignent les comparaisons qui y sont opérées avec les autres formes de violences massives, telles que la guerre. Il y est en effet expliqué que « *la guerre peut s'accompagner du crime de génocide. Il en est ainsi si l'un des belligérants vise à l'extermination de la population du pays ennemi et procède à des destructions systématiques qui ne sont pas justifiées par des raisons militaires valables* »[1696]. Le but d'extermination est ainsi rapproché d'une entité abstraite, « les belligérants » et non des individus qui l'incarnent. Il n'est d'ailleurs fait aucune allusion à ces acteurs individuels dans les commentaires du projet.

S'agissant ensuite des débats ayant présidé à l'adoption de la Convention finale, ils ne font que renforcer l'ambiguïté de la définition admise[1697]. Si les discussions ont principalement porté sur l'intégration des motifs de la destruction, à savoir le fait qu'elle ait été réalisée « *en raison de l'origine nationale ou raciale, des croyances religieuses ou des opinions politiques de ses membres* »[1698] à la définition du génocide, elles renseignent indirectement sur l'absence de consensus quant à la manière de concevoir l'intention de destruction. Il en ressort, notamment, que certains représentants s'opposèrent formellement à la subjectivisation de cette intention destructrice afin de ne pas fournir un moyen de défense dangereux aux auteurs de génocide qui pourraient alors alléguer leur défaut d'intention criminelle[1699]. Pour les partisans de cette interprétation, l'intention devait être conçue de façon bien plus objective[1700] et non pas comme un état d'esprit propre à l'auteur du génocide. Comme cela a été vu[1701], la controverse fut dépassée par l'adoption d'un amendement qui allait conduire à l'intégration de la locution « comme tel » au sein de la définition, sans cependant que la question du contenu de l'intention requise n'ait été tirée au clair.

À la lumière de ces différents travaux, le concept d'intention sur lequel repose la définition du génocide ne paraît pas avoir été affecté d'un sens précis. Si la destruction constitue indubitablement un but vers lequel tend l'action génocidaire, rien n'indique qu'il doive être conçu comme un dessein individuel ; au contraire, il semblerait plutôt qu'il ait été appréhendé comme un résultat criminel projeté au plan d'ensemble.

701. Transition. – En somme, l'analyse de la définition du crime de génocide en droit international ne fournit aucune assise à l'exigence de dol spécial, pas plus, d'ailleurs, que l'analyse de son concept.

[1696] *Ibid*.
[1697] V. à ce sujet la riche analyse d'A. K. A. GREENAWALT, « Rethinking Genocidal Intent : The Case for a Knowledge-Based Interpretation », préc., p. 2272-2279.
[1698] Nations Unies, Doc. off. 3ème sess. A.G, 6ème Commission, U.N. Doc. A/c.G/Sr. 61-140, Compte-rendu de la 75ème séance, 1948, p. 117.
[1699] *Ibid*. Voir les intervention suivantes exprimées au cours de la 76ème séance : M. FITZMAURICE (Royaume-Uni), M. DIGNAM (Australie), p. 118 ; M. ALEMAN (Panama), p. 123 ; M PÉREZ PEROSO (Venezuela) p. 124 ; M. AMADO (Brésil), p. 127.
[1700] M. KAECKENBEECK (Belgique) soulignera d'ailleurs ouvertement la nécessité de d'objectiviser les motifs du crime. *Ibid.*, p. 123.
[1701] v. *supra*, n°87.

B. L'absence de fondement conceptuel de l'exigence d'intention individuelle de destruction

702. L'intention individuelle de destruction comme prétendu marqueur de la gravité du génocide. – Le dol spécial requis est parfois présenté comme le socle de l'extrême gravité communément attachée au génocide. De l'avis de certains auteurs[1702] et de certaines Cours[1703], c'est, précisément, dans cette intention renforcée de l'agent que résiderait la clef de distinction entre le crime contre l'humanité et le génocide, en ce qu'elle marquerait le degré de réprobation supérieur suscité par cette dernière infraction.

703. Rejet de l'argument. – Cette idée s'accommode mal de la conception pénaliste libérale de l'infraction qui érige le résultat, plus que l'esprit coupable, en étalon de sa gravité : c'est en considération du trouble à l'ordre social que matérialise le comportement considéré[1704] et non de la personne-même du fauteur de trouble, que s'effectue le processus d'incrimination de toute infraction. Or, la criminalisation du génocide ne répond pas à une autre logique. À lire le préambule de la Convention, sa condamnation universelle procède des immenses pertes que le génocide inflige à l'humanité[1705]. Il n'est fait absolument aucune mention des individus responsables et de leur état d'esprit particulièrement blâmable. En réalité, le désir de destruction éprouvé par les génocidaires n'alimente pas la gravité abstraite du génocide. Il n'explique pas qu'il soit « le crime des crimes » internationaux. C'est la nature particulière du projet criminel poursuivi qui fonde l'intensité de la réprobation suscitée par ce type d'entreprise[1706]. Non seulement, le but projeté consiste en l'anéantissement du groupe cible mais, de plus, l'entreprise collective trouve sa cause fondamentale dans les caractéristiques identitaires de la collectivité désignée[1707]. L'objet du projet et ses motifs poussent ainsi la logique discriminatoire à l'extrême : le génocide est une entreprise refusant le droit à l'existence de groupes humains entiers pour le seul fait qu'ils sont ce qu'ils sont. La gravité abstraite du génocide se comprend à la lumière de ce dessein criminel d'ensemble mais elle n'implique pas, en soi, que ses acteurs aient été pleinement acquis à la cause.

[1702] J. VERHOEVEN, « Le crime de génocide, originalité et ambiguité », préc., p. 10-11.
[1703] TPIY, jugement *Karadzić,* préc., n°551.
[1704] Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°312 ; Y. MAYAUD, « Ratio legis et incrimination », préc., p. 599 et s.
D'ailleurs, si l'intention coupable de l'agent devait constituer le critère de cette gravité dans laquelle est fondée la légitimité du recours à la sanction pénale, il n'y aurait pas d'infractions non-intentionnelles.
[1705] Voir le préambule de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide du 9 décembre 1948 où il est déclaré « *le génocide est un crime du droit des gens, en contradiction avec l'esprit et les fins des Nations Unies et que le monde civilisé condamne* » en considération du fait « *qu'à toutes les périodes de l'histoire le génocide a infligé de grandes pertes à l'humanité* ».
[1706] En ce sens : K. AMBOS, « What does "intent to destroy" mean », préc., p. 846 ; C. KRESS, « The crime of genocide under international law », préc., p. 497.
[1707] V. *supra*, n°83-97.

704. L'intention individuelle de destruction comme indice de la culpabilité prononcée du génocidaire. – En réalité, l'exigence d'intention destructrice requise vient asseoir la réprobation du participant plus que celle de l'entreprise génocidaire elle-même : elle n'affermit pas la gravité du *génocide* mais insiste sur la culpabilité prononcée du *génocidaire*. Ainsi, la prescription d'un dol spécial est sans doute le signe d'une « *difficulté à ne pas voir le bourreau comme constitué d'un seul bloc monstrueux, incarnation personnifiée du mal* »[1708].

705. Difficulté suscitée par l'intégration de ce standard de culpabilité soutenu dans la définition de l'infraction : risque d'impunité. – Il n'en demeure pas moins qu'exprimer la gravité de l'infraction à travers la tournure d'esprit de l'agent comporte certains inconvénients. Si cette exigence d'intention renforcée accroît la force expressive de la condamnation pour génocide et renforce ainsi le blâme qu'elle renferme, elle induit en contrepartie, qu'un individu qui n'est pas mué par un tel désir de destruction ne peut être reconnu coupable quand bien même il aurait consciemment participé à anéantir une des collectivités considérées. On peut alors s'interroger sur la pertinence de cette exigence : cette volonté délibérée de détruire le groupe doit-elle conditionner le caractère punissable du comportement génocidaire ? L'individu qui, sans être animé du désir profond de voir le groupe ciblé disparaître dans son entier, accepte toutefois de prendre part à son extermination ne devrait-il pas également endosser une responsabilité pénale ?[1709] Il est vrai que dans cette hypothèse l'absence d'intention spécifique de l'agent ne fait pas obstacle à sa condamnation. Elle empêche de reconnaître en sa personne un auteur principal du génocide, mais la jurisprudence admet qu'il puisse être poursuivi en tant que complice. Cette accommodation des modes d'imputation au dol spécial requis soulève cependant de réelles difficultés[1710] si bien qu'elle ne permet pas d'évacuer les interrogations afférentes à la pertinence du standard intentionnel posé. Du reste, et d'un point de vue théorique, les modes d'imputation d'une infraction n'ont pas à influer sur sa définition et ses éléments constitutifs. Plutôt que d'exiger un tel degré d'intention pour la qualification de l'infraction, il aurait donc mieux valu en faire un critère d'évaluation de la peine à infliger au participant comme c'est le cas pour les autres infractions internationales[1711]. La sanction pénale est en effet la meilleure traduction qui puisse être de l'étendue de la culpabilité d'un individu.

706. Inadéquation avec la réalité criminologique du génocide. – Ces remarques d'ordre théorique trouvent un prolongement dans la réalité criminologique du génocide. Le standard intentionnel posé réduit le cercle des responsables aux individus épousant personnellement les objectifs destructeurs que se propose d'atteindre le collectif, comme si tous

---

[1708] J. SEMELIN, *Purifier et détruire*, *op. cit*., p. 445.
[1709] O. TRIFFTERER, « Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such », préc., p. 404-405 ; A. K. A. GREENAWALT, « Rethinking Genocidal Intent : The Case for a Knowledge-Based Interpretation », préc., p. 2281.
[1710] V. *infra*, n°726 et s
[1711] V. not. *supra*, n°672.

les acteurs du génocide étaient, par la force des choses, des partisans fanatiques de l'idéologie destructrice. Incontestablement, certains génocidaires sont pleinement imprégnés de l'idéologie fratricide sous-tendant l'entreprise de destruction : ils tuent en masse, parce qu'ils sont convaincus qu'il est nécessaire d'éradiquer cet ennemi intérieur qu'incarne la collectivité stigmatisée. Les études sociologiques révèlent, néanmoins, que ce profil n'est pas forcément le plus répandu. D'aucuns agissent par pur esprit de lucre : « *l'appât du meurtre est purement financier : l'individu se fait simplement mercenaire, acceptant d'être payé pour tuer, sans que les mobiles idéologiques tiennent un quelconque rôle dans sa conduite destructrice* »[1712]. Pour d'autres, ce sont des motivations de carrière ou de promotion sociale qui les conduisent à prendre part à l'entreprise. Cette catégorie de participants trouve une figure de référence dans la personne d'Adolf Eichmann, dont le jugement a servi de point d'ancrage au concept de banalité du mal forgé par Hannah ARENDT. « *Aussi monstrueux qu'aient été les faits, l'agent n'était ni monstrueux ni démoniaque* »[1713]. Ses forfaits, explique-t-elle, étaient moins attribuables à « *quelque méchanceté particulière, à quelque pathologie ou conviction idéologique de l'agent* »[1714] qu'à une « *authentique inaptitude à penser* »[1715] se manifestant dans une capacité à se soumettre à l'autorité et à suivre les règles fixées avec une « *obéissance de cadavre* »[1716]. Enfin, le passage à l'acte peut par ailleurs trouver sa cause dans des ressentiments proprement personnels et hérités d'anciennes querelles, si bien qu'au sein de la macro-guerre se juxtaposent en définitive une infinité de micro-guerres privées[1717]. C'est ainsi montrer que de nombreux individus sont susceptibles de se joindre à l'entreprise d'ensemble sans pour autant que leur action ne soit inspirée par un désir profond de voir le groupe ciblé disparaître. Ces considérations sont pleinement intégrées par la doctrine juridique qui s'accorde à reconnaître que le standard intentionnel posé ne reflète aucunement la réalité criminologique du génocide[1718].

707. Transition. – Il apparaît ainsi, à l'issue de cette analyse, qu'aucun élément textuel ou conceptuel n'implique un standard intentionnel aussi élevé. Si ces remarques ont mis en évidence l'absence de bien-fondé de cette lecture de l'intention requise, elles laissent par ailleurs présager les difficultés qu'elle engendre. Les crimes sous-jacents du génocide consistant en des comportements d'exécution du projet de destruction, il va impérativement falloir établir que l'exécutant de l'entreprise d'ensemble était animé de cette volonté propre de voir le groupe ciblé disparaître pour que le génocide puisse être consommé. Transparaît ainsi

[1712] J. SEMELIN, *Purifier et détruire*, *op. cit*., p. 442.
[1713] H. ARENDT, *Considérations morales*, Paris, Payot-Rivages, 1996, p. 25.
[1714] *Ibid*.
[1715] *Ibid*., p. 26.
[1716] H. ARENDT, *Eichmann a Jérusalem*, *op. cit*., p. 256.
[1717] J. SEMELIN, *Purifier et détruire*, *op. cit*., p. 443.
[1718] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°494 ; C. KRESS, « The crime of genocide under international law », préc., p. 496 ; K. AMBOS, « What does "intent to destroy" mean », préc., p. 846 ; C. KRESS, « The crime of genocide under international law », préc., p. 846-847 ;

un décalage entre l'élément matériel du crime qui n'est qu'un acte d'exécution et l'élément moral qui lui est associé : le degré d'intention requis est inadapté et se révèle ainsi impraticable, de sorte que la jurisprudence en vient à le contourner lors de l'opération de qualification judiciaire.

§2. Le contournement de l'exigence d'intention individuelle de destruction par la jurisprudence

708. Qualification et imputation de l'infraction. – Il apparaît un véritable paradoxe à l'analyse des décisions rendues par les juridictions pénales internationales. Alors que la jurisprudence persiste à définir l'intention génocidaire comme une volonté individuelle de destruction d'un groupe, l'évaluation de la psychologie de l'auteur tient en réalité une place secondaire dans l'engagement de la responsabilité pénale pour génocide. Dans ces conditions, on peut s'interroger : pourquoi conserver cette condition, au demeurant infondée, si c'est pour l'évincer lors de l'appréciation de la culpabilité des auteurs ? Ces techniques jurisprudentielles de contournement remettant ainsi en cause la valeur de cette condition se vérifient à deux niveaux. D'abord, au niveau de l'opération de qualification de l'infraction en ce que l'examen du syllogisme judiciaire montre que la caractérisation du génocide n'est pas axée sur la volonté propre de l'auteur de l'agent comme elle devrait logiquement l'être (A). Ensuite, au niveau de l'opération d'imputation de l'infraction, dès lors que la jurisprudence instrumentalise la notion de complicité par aide ou assistance pour mieux dépasser la condition de dol spécial requise (B).

A. Le contournement du dol spécial dans l'opération de qualification du génocide

709. Le contexte criminel comme élément clef de la qualification. – Compte tenu de l'interprétation admise de l'élément moral du génocide, les juridictions sont en principe tenues de démontrer que l'auteur du crime sous-jacent adhère personnellement au but caractéristique de l'entreprise génocidaire, à savoir détruire l'un des groupes protégés. Cette exigence est cependant négligée dans la pratique. Bien souvent, les ambitions destructrices de l'agent sont en effet purement et simplement déduites du contexte de perpétration de son comportement (1). Plus encore, dans certaines circonstances, la jurisprudence fait prévaloir la nature du contexte criminel en cause sur la réalité des intentions de l'agent pour déterminer si la qualification de génocide doit être retenue (2).

1- L'intention individuelle déduite du contexte d'ensemble

710. Difficultés probatoires. – En érigeant l'adhésion au projet génocidaire en condition de l'élément moral du génocide, la jurisprudence a considérablement complexifié la charge de la preuve. Il lui revient en effet d'établir que l'auteur du crime sous-jacent était *personnellement* animé de l'intention de détruire le groupe ciblé par l'entreprise criminelle. La caractérisation d'une intention, en soi, est toujours délicate du fait de son caractère subjectif. Mais elle devient encore plus compliquée lorsque l'état d'esprit considéré n'a pas de pendant dans la matérialité de l'infraction, ce qui est le cas pour ce qui concerne le génocide dès lors que la destruction du groupe n'est pas une condition nécessaire de sa constitution[1719].

711. L'intention destructrice déduite des circonstances de commission du crime sous-jacent. – Les chambres n'ont jamais cherché à dissimuler leur embarras. Elles ont très vite concédé que l'exigence d'intention spécifique qu'elles avaient consacrée constitue un « *facteur d'ordre psychologique qu'il est difficile, voire impossible, d'appréhender* », raison pour laquelle il convenait d'admettre qu'elle puisse être déduite d'un certain nombre de faits[1720]. Dans certains cas, les déclarations écrites ou orales de l'accusé suffiront à corroborer son intention destructrice. Mais la plupart du temps, ces preuves directes font défaut, de sorte que la jurisprudence admet qu'elle puisse être présumée à partir des circonstances de commission du crime en cause. « *Le contexte général de perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, que ces autres actes soient commis par le même agent ou par d'autres agents, l'échelle des atrocités commises, leur caractère général, dans une région ou un pays, ou encore le fait de délibérément et systématiquement choisir les victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, tout en excluant les membres des autres groupes* » constituent, par exemple, des données susceptibles d'être prises en compte pour la démonstration du dol spécial requis d'après la jurisprudence[1721]. Ces facteurs ne constituent toutefois qu'un mince échantillon des preuves indirectes admises devant les juridictions. Leur hétérogénéité empêche d'en faire une synthèse exhaustive mais il reste possible de systématiser la jurisprudence en distinguant deux catégories générales de preuves circonstancielles : d'un côté, les circonstances « *personnelles ou subjectives* » qui ont trait à la conduite matérielle de l'accusé et, d'un autre côté, des circonstances « *extérieures ou*

[1719] V. *supra*, n°166

[1720] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°523. La jurisprudence est constante sur ce point. V. par exemple : TPIR, arrêt *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°159 ; TPIR, arrêt *Rutaganda*, préc., n°525 ; TPIR, arrêt *Semanza*, préc., n°262 ; TPIR, jugement *Ntagerura et* consorts, préc., n° 663 ; TPIR, arrêt *Simba*, préc., n°413 et pour le TPIY : TPIY, arrêt *Jelisić*, préc., n°47, TPIY, jugement *Popović et consorts*, préc., n°823 ; TPIY, jugement *Karadzić,* préc., n°550.

[1721] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°523. Pour une autre synthèse de ces éléments intéressant la démonstration du dol spécial requis, voir TPIY, arrêt *Jelisic*, préc., n°47.

objectives » qui sont étrangères à sa conduite et qui se rapportent en réalité à l'existence d'une entreprise génocidaire globale[1722].

712. L'intention destructrice déduite de l'existence d'une entreprise génocidaire d'ensemble. – Dans les faits, il apparaît que c'est à ce dernier type de preuves indirectes, les preuves circonstancielles objectives, que la jurisprudence a le plus recours. Les décisions rendues laissent en effet constater que l'existence d'une entreprise génocidaire globale, étayée par l'ampleur des massacres commis et par la sélection des victimes, constitue la clef de voûte de la démonstration de l'intention génocidaire de l'accusé. L'affaire *Rutaganda* fournit une illustration. La Chambre se déclara convaincue que l'accusé avait bel et bien été animé de l'intention de détruire le groupe tutsi en tant que tel sur le fondement de deux éléments principaux : « *la participation active de l'Accusé aux attaques et aux massacres généralisés perpétrés contre les membres du groupe tutsi* » et le fait que « *les victimes étaient systématiquement choisies en raison de leur appartenance à ce groupe* »[1723]. Pour appuyer sa conclusion, elle ajouta qu'« *à l'époque des faits (...), de très nombreuses atrocités ont été commises à l'encontre des Tutsis au Rwanda. Le caractère généralisé de ces atrocités, sur l'ensemble du territoire rwandais, et le fait que les victimes aient été systématiquement et délibérément choisies en raison même de leur appartenance au groupe tutsi, à l'exclusion des personnes n'appartenant pas à ce groupe permettent (...) de déduire un contexte général de perpétration visant la destruction du groupe tutsi* »[1724]. Le raisonnement des juges consiste donc à présumer l'intention de détruire de l'accusé à partir de sa participation matérielle à une entreprise collective ayant pour objet l'extermination du groupe protégé. L'affirmation peut être généralisée à la jurisprudence de TPI étant donné que ce syllogisme se retrouve dans un très grand nombre de jugements[1725].

713. Appréciation critique de la présomption admise. – Cette technique probatoire employée par la jurisprudence des TPI suscite de nombreuses réserves. Le mode de preuve employé n'est pas insolite ; la réalité d'un fait peut être rapportée par tout moyen, y compris par le recours à des présomptions. Mais encore faut-il que celle-ci soit régulière. Cela suppose qu'il existe un lien logique incontestable entre le fait connu à partir duquel est effectuée la présomption – ici, l'existence d'une entreprise d'ensemble – et le fait inconnu que tend à établir la présomption – ici, l'intention destructrice de l'accusé. Et c'est justement l'absence de relation d'implication entre les deux termes de la présomption opérée par la jurisprudence qui la rend

---

[1722] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°493.
[1723] TPIR, jugement *Rutaganda*, préc., n°399.
[1724] *Ibid*., n°400. Le jugement a été confirmé en appel : TPIR, arrêt *Rutaganda* préc., n°529-530.
[1725] Pour le TPIR, v. notamment les décisions suivantes : TPIR, jugement Akayesu, préc., n°730-734 ; TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°528-545 ; TPIR, jugement *Musema*, préc., n°927-934 ; TPIR, jugement *Niyitegeka*, préc., n°427 ; TPIR, jugement *Muhimana*, préc., n°515-518. Pour le TPIY, v. TPIY, jugement *Krstić*, préc. n°633 confirmé par TPIY, arrêt *Krstić*, préc., n°35 ; TPIY, jugement *Tolimir*, préc., n°1157-1172 ; TPIY, jugement *Popović et consorts*, préc., n°856-863.

critiquable. Un auteur a déploré la superficialité du raisonnement des juges, estimant que « *le fait que des tiers commettent des actes semblables n'autorise pas, en soi, à déduire que l'accusé, en commettant des actes similaires, était motivé par une intention particulière* »[1726]. Selon ce même auteur, la seule conclusion qui puisse être valablement tirée d'une telle situation est que les actes de l'accusé participaient d'un certain scénario criminel, ce qui ne saurait suffire à éclairer sa psychologie[1727]. Cette remarque est soutenue par la manière dont est traitée la condition d'adhésion au projet d'ensemble dans les autres infractions internationales par nature. La jurisprudence a toujours admis que l'absence d'adhésion au projet criminel global par le participant ne faisait pas obstacle à l'engagement de sa responsabilité pénale[1728] ; il en ressort, indirectement, qu'il est parfaitement envisageable qu'un individu participe à l'entreprise d'ensemble sans être pour autant être acquis à la cause. Déduire l'intention spécifique de l'accusé du seul fait qu'il a participé à l'entreprise criminelle d'ensemble est ainsi insuffisant, car cette méthode ne permet pas une vérification rigoureuse des conditions psychologiques de qualification du génocide. Ce faisant, la jurisprudence abaisse en réalité l'exigence d'intention spécifique à une simple connaissance de cause, puisqu'elle se contente d'établir que l'agent a sciemment pris part à une campagne ayant pour but l'extermination d'un groupe déterminé[1729].

714. Appréciation globale de l'intention destructrice. – À cela s'ajoute que la jurisprudence admet des techniques d'appréciation de la preuve également discutables. Les difficultés que pose la démonstration du dol spécial ont conduit la chambre d'appel du TPIY à désavouer l'approche « fragmentaire » de l'intention de l'accusé. De son avis, « *au lieu de se demander si un accusé était animé de l'intention de détruire un groupe protégé au travers de chacun des actes de génocide pertinents, une Chambre de première instance devrait examiner si tous les éléments de preuve, pris ensemble, établissent l'existence d'une intention* »[1730]. Cette conception se défend étant donné que la prise en considération isolée de chacun des actes commis par l'accusé ne se veut pas toujours le reflet de l'état d'esprit qui l'anime. Le problème est toutefois qu'elle ouvre la voie à une appréhension diffuse de l'état d'esprit de l'accusé. Elle suggère qu'il n'est pas nécessaire de vérifier qu'un acte sous-jacent donné était spécifiquement animé de l'intention requise mais qu'il suffit de rechercher si dans l'ensemble, l'accusé faisait preuve d'un tel état d'esprit. Le principe de concordance des éléments matériel et moral de l'infraction commande pourtant que ces deux éléments coïncident temporellement pour que

---

[1726] J. R.W. D. JONES « Whose intent is it anyway ? Genocide intent to destroy a group », *Man's inhumanity to man. Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer Law international, coll. International law series, 2003, p. 475 (traduction libre).
[1727] *Ibid*.
[1728] Comp. v. *supra*, n°650 et s. (crime d'agression), n°663 et s. (crime de guerre) et n°670 (crime contre l'humanité)
[1729] C. KRESS, « The crime of genocide under international law », préc., p. 494 qui estime que le raisonnement des juges du TPIR dans le jugement *Akayesu*, qui repose sur une telle déduction, « *reveals the potential to introduce a knowledge-based approach to genocidal intent through the evidentiary backdoor* ».
[1730] TPIY, arrêt *Stakić,* préc., n°55 confirmé par : TPIY, *Affaire le Procureur c. Karadžić,* arrêt d'appel (IT-95-5/18-AR98*bis*.1), ch. d'appel, 11 juil. 2013, n°56 (Ci-après : « arrêt *Karadžić* ») ; TPIY, arrêt *Tolimir*, préc., n°247.

l'existence d'une infraction pénale soit établie. Pour le dire autrement, il faut que l'acte décrit par le texte ait été animé, au moment de sa commission, par l'état d'esprit coupable correspondant. Dans l'hypothèse où l'intention destructrice de l'accusé aurait fluctué avec le temps, la qualification de génocide ne devrait pas pouvoir être généralisée à l'ensemble de ses actions : seules celles ayant été réellement inspirées par un tel dessein peuvent être constitutives d'un génocide. Ce contournement des exigences théoriques s'analyse, une fois encore, comme un mécanisme de contournement du standard intentionnel posé qui est trop élevé pour être convenablement caractérisé.

715. Transition. – De plus, cette technique d'appréciation à laquelle a recours la jurisprudence des TPI est à la source de certaines dérives sur le plan pratique. Conjuguée au mode de preuve présomptif adopté par la jurisprudence, elle conduit à ce que les circonstances objectives du comportement en cause aient plus de poids que le comportement lui-même dans l'évaluation de l'intention destructrice.

2- L'intention individuelle évincée par le contexte d'ensemble

716. Mise à l'écart de l'intention individuelle de l'agent. – Certaines décisions rendues par la jurisprudence pénale internationale montrent que l'intention individuelle de destruction n'a qu'une fonction résiduelle dans l'opération de qualification du génocide. Dans certaines situations, les Chambres font en effet prévaloir la réalité de la situation contextuelle sur la nature des intentions de l'accusé pour déterminer si la qualification de génocide doit ou non s'appliquer. Or, ce raisonnement est d'autant plus discutable que l'existence d'un système génocidaire global ne constitue pas une condition qualifiante du génocide au sens de la jurisprudence[1731]. Ainsi, celle-ci en vient à substituer un élément qu'elle tient pour étranger au génocide à sa condition supposément déterminante, à savoir l'intention individuelle de destruction.

Cette tendance à faire primer le contexte sur l'état d'esprit de l'accusé se manifeste dans deux situations. L'intention personnelle de l'accusé peut d'abord être mise à l'écart pour éviter qu'il ne demeure impuni : l'éviction a dans ce cas une finalité répressive (a). Elle peut ensuite être mise à l'écart afin d'assurer la circonscription du champ de l'infraction aux seuls actes commis dans le cadre d'une entreprise génocidaire avérée : l'éviction a alors une finalité expressive (b).

[1731] V. *supra*, n°287.

a- L'éviction de l'intention de l'agent à des fins répressives

717. Responsabilisation des participants à l'entreprise génocidaire. – D'un côté, les chambres se montrent peu enclines à faire valoir la clémence manifestée, voire le secours apporté par l'accusé envers les membres du groupe visé à partir du moment où sa participation consciente à l'entreprise d'ensemble est établie. Ces éléments, qui tendent pourtant à remettre en cause la réalité du dol spécial allégué, sont en effet laissés de côté par la jurisprudence au profit de la prise en compte des circonstances objectives de la commission du crime sous-jacent en cause. Par exemple, dans l'affaire *Rutaganda*, la chambre d'appel a considéré que « *le fait de recueillir des réfugiés tutsis, de permettre qu'il soit donné à boire et à manger à une personne Tutsie arrêtée à un barrage routier et le fait d'employer des moyens exceptionnels pour sauver l'épouse Tutsie d'un ami* » apparaissaient comme « *des éléments négligeables dans le contexte des multiples atrocités perpétrées systématiquement et délibérément contre des membres du groupe Tutsi, en raison de leur appartenance à ce groupe* »[1732]. Cette déclaration montre comment l'objectif de responsabilisation des acteurs de l'entreprise génocidaire peut prendre le pas sur les exigences juridiques de la qualification. L'exigence de dol spécial est en réalité laissée pour compte pour permettre la condamnation des individus ayant participé à la situation génocidaire, parce que leur impunité n'est pas acceptable sur le plan moral et symbolique. Un auteur a mis en garde contre le risque de « *fictionnalisation* »[1733] du procès qui en découle, les juges pouvant être tentés « *de travestir la réalité et [de] présenter en définitive l'accusé comme un passionné de la destruction parce qu'il est juridiquement nécessaire de le faire pour engager valablement sa responsabilité pénale, parce qu'il est symboliquement souhaitable qu'il en soit convaincu* »[1734]. En définitive, il apparaît que l'existence d'une entreprise génocidaire constitue l'élément clef de la condamnation : dès lors que celle-ci est avérée, la jurisprudence tend à contourner l'exigence de dol spécial afin d'assurer la sanction de ses acteurs.

Mais ce n'est pas la seule hypothèse où la réalité des intentions de l'accusé est laissée pour compte. La jurisprudence adopte la même démarche quand le contexte d'ensemble n'est pas caractéristique d'un génocide.

b- L'éviction de l'intention de l'agent à des fins expressives

718. Jurisprudence du TPIY. – Les évènements survenus en ex-Yougoslavie et portés à la connaissance du TPIY sont emprunts d'une grande complexité. Différents types d'entreprises criminelles collectives se juxtaposaient pour former la situation globale : certaines étaient constitutives d'un conflit armé parce qu'elles relevaient d'une lutte ouverte entre des

[1732] TPIR, arrêt *Rutaganda*, préc., n°537. Voir aussi : TPIR, *Affaire le Procureur c. Muhimana*, arrêt d'appel (ICTR-95-1B-A), ch. d'appel, 21 mai 2007, n°30-32 (ci-après : « arrêt *Muhimana* »).
[1733] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., p. 424
[1734] *Ibid*.

groupes armés, d'autres avaient pour but l'expulsion de certaines collectivités ethniques du territoire et se soldaient, dans les faits, par l'extermination d'une partie de leurs membres. Étaient ainsi entremêlées des situations renvoyant au contexte du crime de guerre, du crime contre l'humanité et du génocide. Pour éviter que les crimes commis au sein d'un même contexte reçoivent, selon les cas, des qualifications variées, la jurisprudence a souvent donné la faveur à la nature du contexte pour déterminer quelle infraction devait être envisagée, ce qui l'a conduit à ne pas tenir compte des intentions propres du participant.

719. Appréciation globale du but de destruction. – L'analyse de la jurisprudence en rend compte. Il appert des décisions rendues une certaine inclinaison du TPIY à apprécier l'intention de destruction au plan de l'entreprise d'ensemble et non au plan individuel comme le commande en principe la condition de dol spécial. C'est en effet dans la seule hypothèse où le projet criminel d'ensemble n'avait pas pour objet la destruction du groupe que la jurisprudence en vient à reconnaître l'absence d'intention génocidaire de l'accusé. Dans plusieurs affaires, le TPIY a ainsi refusé de retenir la qualification de génocide au constat que les actes en cause s'intégraient à la réalisation d'une politique de déportation, dès lors que « *l'intention de déplacer une population n'est pas assimilable à l'intention de la détruire* »[1735]. Toujours est-il que cette « intention » à laquelle il est fait allusion correspond moins à l'état d'esprit de l'accusé qu'à la résolution criminelle d'ensemble. Cela ressort très clairement du jugement *Sikirica*. La Chambre a conclu à l'absence d'intention spécifique de destruction de l'accusé sans jamais avoir cherché à sonder son état d'esprit[1736]. C'est en réalité l'analyse de la situation globale qui la conduit à un jugement en ce sens. D'abord, elle a relevé que dans les autres affaires qui s'inscrivaient dans le même contexte, à savoir celui de la détention de personnes dans des camps dans la municipalité de Prijedor, il avait été caractérisé une politique de nettoyage ethnique et non une politique génocidaire[1737]. Or pour la Chambre, il n'existait pas de différence fondamentale entre l'espèce et ces autres procès[1738]. Ensuite, elle s'est penchée plus spécifiquement sur le cas concrètement porté à sa connaissance. Là encore, son raisonnement est axé sur le projet criminel d'ensemble et non sur le dessein propre à l'accusé, comme en atteste par exemple la déclaration suivante : « *si l'Accusation a produit des moyens de preuve tendant à suggérer que la doctrine politique générale des autorités serbes de Bosnie a donné lieu à une campagne de persécution contre la population non-serbe de Prijedor, rien n'indique que cette doctrine cherchait à promouvoir le génocide* »[1739]. Cette décision constitue un exemple parmi d'autres de la tendance jurisprudentielle à rechercher l'intention génocidaire

[1735] TPIY, jugement *Stakić*, préc., n°554.
[1736] TPIY, jugement *Sikirica et consorts*, préc., n°87-97.
[1737] *Ibid*., n°89.
[1738] *Ibid*.
[1739] *Ibid*., n°92.

au plan de l'entreprise d'ensemble et non au plan individuel comme le commande le dol spécial requis[1740].

720. Prévalence du projet global sur l'intention individuelle. – Dans certains cas, cette technique aboutit à ce que les chambres concluent à l'absence de génocide à raison de la nature du projet collectif poursuivi, alors même que le comportement de l'accusé laissait transparaître son désir de voir disparaître physiquement le groupe ciblé. Plusieurs décisions peuvent être évoquées mais l'affaire *Jelisić* est particulièrement éclairante. La Chambre de première instance a examiné, dans un premier temps, la nature de la campagne lancée par les forces serbes contre la population musulmane de *Brčko en Bosnie et estima que « l'existence d'un projet de destruction du groupe musulman, à Brčko ou même au-delà, dans lequel s'inscriraient les meurtres commis par l'accusé* »[1741] n'avait pas été prouvée au-delà de tout doute raisonnable. À la suite de cette analyse, elle se pencha plus spécifiquement sur l'intention propre à l'accusé. La Chambre releva les faits suivants : « *Goran Jelisić se présentait comme l'"Adolf serbe" et disait être venu à Brčko pour tuer des Musulmans. Il s'est aussi présenté comme "Adolf" lors de sa comparution initiale devant la Chambre le 26 janvier 1998. Il aurait déclaré aux détenus du camp de Luka : "J'ai vos vies entre mes mains, seuls 5 à 10 % d'entre vous sortirez d'ici". Selon un autre témoignage, Goran Jelisić aurait dit aux détenus musulmans du camp de Luka que 70 % d'entre eux devraient être tués, 30 % battus et qu'à peine 4 % de ces 30 %[ne seraient peut-être pas sauvagement battus]. Goran Jelisić a déclaré à un témoin "qu'il haïssait les Musulmans et voulait les tuer tous (...). Il aurait ajouté qu'il voulait "nettoyer" les Musulmans et qu'il le ferait avec plaisir, que les "balijas" avaient trop proliféré et qu'il devait en débarrasser le monde. Goran Jelisić aurait également dit qu'il haïssait les femmes musulmanes, qu'il trouvait très sales, et qu'il voulait les stériliser toutes de façon à empêcher la multiplication des Musulmans ; qu'avant de les exterminer, il commencerait par les hommes de façon à éviter toute prolifération* »[1742]. La chambre a toutefois considéré qu'il ne s'agissait que d'indices révélant la « *personnalité perturbée* »[1743] de l'accusé. Poursuivant, elle estima que les exécutions auxquelles il se livrait (qui certains jours, dépassaient la centaine[1744]) reposaient sur une sélection hasardeuse puisqu'il avait, à certaines occasions, délivré des laissez-passer à des détenus du camp et qu'il avait, un jour, libéré un

[1740] V. également : TPIY, jugement *Karadžić,* préc., n°2588-2626 : alors que la Chambre disposait d'éléments de preuve directement liés au comportement de l'accusé – tels que des discours politiques – elle opta pour une analyse globalisée de l'intention génocidaire. Elle examina d'abord l'intention de l'accusé et des autres leaders bosniaques, avant de se pencher sur celle des membres de l'entreprise criminelle commune exempts d'autorités pour finir avec celle des exécutants matériels. Or, il est possible de constater que quels que soit les agents considérés, le raisonnement du tribunal sera mené à l'aune de la finalité de la politique promue par les autorités bosniaques, qui était en l'occurrence, une politique de purification ethnique.
[1741] TPIY, jugement *Jelisić*, préc., n°98.
[1742] *Ibid*., n°102.
[1743] *Ibid*., n°105.
[1744] *Ibid*., n°103.

détenu après l'avoir battu[1745] avant de conclure que « *les actes de Goran Jelisić ne traduisent pas une volonté affirmée visant la destruction totale ou partielle d'un groupe en tant que tel* »[1746]. La justification de la déclaration de non-culpabilité est sérieusement défaillante. Si de tels propos et de telles attitudes ne suffisent pas à établir l'intention destructrice de l'accusé, comment admettre par ailleurs qu'elle puisse être simplement présumée à partir de la participation de l'agent aux exactions ? Le raisonnement des juges a été censuré en appel. Il a été reconnu que l'acquittement de l'accusé n'était pas fondé au vu des preuves présentées[1747]. Reste que ce jugement illustre parfaitement la manière dont l'appréciation des preuves directes, aussi univoques soient-elles, peut être corrompue pour exclure la qualification lorsque le comportement de l'accusé ne vient pas se greffer à une entreprise génocidaire d'ensemble[1748].

721. Jurisprudence de la CPI. – Cette prévalence du contexte d'ensemble sur l'intention individuelle se retrouve également dans la jurisprudence de la CPI. Pour l'instant, la qualification de génocide n'a été envisagée qu'une seule fois, dans le cadre de l'affaire *Al Bashir*. L'intéressé était le président de la République du Soudan au moment de la commission des faits. En vue de la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de l'accusé, la Chambre préliminaire devait vérifier que le président soudanais avait agi avec l'intention de détruire, en tout ou partie, les groupes *four*, *massalit* et *zaghawa*. Pour l'Accusation, le fait qu'Al Bashir ait contrôlé, en sa qualité de dirigeant, les forces ayant conduit la campagne génocidaire permettait de considérer qu'il avait été lui-même animé de l'intention de détruire ces groupes ethniques[1749]. L'argument de l'Accusation n'est pas novateur. Elle a recours à la présomption classique en la

---

[1745] *Ibid*., n°106.
[1746] *Ibid*., n°108.
[1747] TPIY, arrêt *Jelisić*, préc., n°69-72. La cour d'appel a toutefois refusé de réformer la décision d'acquittement rendue en première instance au motif que l'ouverture d'un nouveau procès serait contraire aux intérêts de la justice.
[1748] L'affaire *Brđanin* illustre également ce cas de figure. Dans cette affaire, il avait été établi que la politique conduite par les dirigeants serbes de Bosnie était une politique de nettoyage ethnique. Comme dans l'affaire *Jelisić*, il semble que cette constatation a primé sur l'intention de l'accusé dans l'opération de qualification. Il est en effet notable, et cela a été relevé par les juges, que « *l'Accusé tournait en dérision les Musulmans et Croates de Bosnie et les dénigrait ouvertement. Il déclarait aussi publiquement que seul un petit nombre d'entre eux pourraient rester sur le territoire de la RAK. Certains de ses propos sont ouvertement mauvais, intolérables, repoussants et scandaleux. Alors qu'il parlait en public de mariages mixtes, il a dit que les enfants issus de ces mariages pourraient être jetés dans le Vrbas et que ceux qui en réchapperaient seraient des enfants serbes. Il a une autre fois proposé en public de lancer une campagne de meurtres en représailles, sur la base de l'appartenance ethnique, déclarant que deux Musulmans seraient tués à Banja Luka pour chaque Serbe tué à Sarajevo* » (TPIY, jugement *Brđanin*, préc, n°986). Sans préjuger de l'intention réelle ou supposée qui animait l'accusé au moment des faits, il apparaît toutefois que ces preuves directes auraient mérité d'être approfondies car elles peuvent laisser paraître qu'il était animé d'un désir de voir le groupe ciblé disparaître. Par ailleurs, on peut remarquer que certaines déclarations publiques haineuses de l'accusé, qui qualifiait par exemple les non-serbes de « *vermines* » ou de « *personnes de seconde zone* » (*Ibid*., n°325) et qui avait déclaré, lors d'une conférence de presse, que « *la seule manière d'unifier le peuple serbe est de promouvoir le mouvement serbe pour la libération et d'anéantir les Oustachis* » (*Ibid*., n°325, n.b.p. n°852) ont été laissées pour compte lors de l'analyse de la responsabilité pénale de l'accusé, alors qu'elles figuraient dans l'exposé de la situation factuelle globale. Dans le même sens, v. H. ASCENCIO et R. MAISON, « L'activité des juridictions pénales internationales (2003-2004) », *AFDI*, vol. 50, 2004, p. 460.
[1749] CPI, Situation au Darfour, Soudan, Public Redacted Version of the Prosecutor's Application under Article 58, Source : Office of the Prosecutor, ICC-02/05-157-AnxA, 14 juillet 2008, n°349-357 et 366.

matière, qui consiste à déduire l'intention de l'accusé du contexte dans lequel s'inscrivent ses actes.

722. Glissement de l'analyse judiciaire : évaluation de la résolution collective pour établir le dol spécial. – Le raisonnement de la Chambre préliminaire est sensiblement différent. Reprenant des éléments produits par l'Accusation, elle relève que « *si les éléments produits par l'Accusation étayent ses allégations sur ce point, l'existence de motifs raisonnables de croire qu'Omar Al Bashir a agi avec une intention génocidaire amènerait automatiquement à la conclusion qu'il y a également des motifs raisonnables de croire qu'une campagne génocidaire contre les groupes* four, massalit *et* zaghawa *était une composante centrale de la campagne anti-insurrectionnelle menée par le Gouvernement soudanais* »[1750]. Les termes de la présomption sont ainsi inversés par rapport au raisonnement produit par l'Accusation : il ne s'agit plus de déduire l'intention génocidaire de l'accusé du dessein criminel d'ensemble, mais de déduire l'existence d'une politique étatique génocidaire de l'intention de l'accusé. Plus encore, la Chambre poursuit en déclarant que l'intention d'Al Bashir, à elle seule, ne peut suffire à établir la réalité d'un plan général génocidaire étant donné qu'il n'était pas seul à la tête du gouvernement. Selon elle, il était donc nécessaire de s'assurer que « *ceux qui partagent avec Al Bashir le contrôle de l'appareil d'État soudanais acceptaient l'idée que la campagne anti-insurrectionnelle menée par le Gouvernement soudanais vise entre autres la destruction, en tout ou partie, des groupes* four, massilit *et* zaghawa »[1751]. Forte de cette remarque, la Chambre explique que c'est pour cette raison qu'il sera par la suite fait référence « *"à l'intention génocidaire du gouvernement soudanais" » et non à "l'intention génocidaire d'Al Bashir"* »[1752]. Le glissement de l'analyse judiciaire est flagrant puisqu'il ne s'agit plus de chercher à caractériser l'intention génocidaire d'Al Bashir, qui était pourtant le seul concerné par l'acte de procédure, mais bien de rechercher si le gouvernement soudanais avait mis en place un projet génocidaire global. À première vue, on pourrait penser que la Cour cherche simplement à vérifier qu'une campagne génocidaire était conduite par l'État du Soudan pour mieux en inférer l'intention destructrice de son dirigeant. Mais l'analyse de la Chambre n'est pas en ce sens. L'ensemble des faits étudiés est exploité à la seule fin de démontrer le but poursuivi par la campagne gouvernementale, sans qu'aucun rapprochement avec l'état d'esprit propre à l'accusé ne soit opéré. Cela est d'autant plus manifeste que certaines des preuves examinées consistent en des déclarations officielles d'Al Bashir lui-même. Or, en aucun cas la Cour ne s'en sert pour sonder l'état d'esprit de l'accusé. Elles sont au contraire mises au service de la détermination de la nature de la campagne conduite par le gouvernement soudanais[1753]. La

[1750] CPI, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, préc., n°149.
[1751] *Ibid*, n°150.
[1752] *Ibid*. n°151.
[1753] *Ibid.*, n°170 et s.

conclusion de la Chambre est également significative. Considérant que l'existence d'une politique génocidaire n'était pas la seule conclusion raisonnable pouvant être tirée des éléments présentés par l'Accusation, elle a refusé d'inclure le chef de génocide dans le mandat d'arrêt délivré. Mais un tempérament est immédiatement apporté : si l'Accusation parvenait à fournir des preuves supplémentaires de l'existence d'une intention génocidaire *du Gouvernement* soudanais, le mandat d'arrêt pourrait être modifié afin que le crime de génocide y soit inclus[1754]. Cette déclaration finale achève de rendre compte du dévoiement de la condition qualifiante du génocide : le projet de destruction est conçu comme un attribut de l'entreprise d'ensemble et non comme un état d'esprit propre à l'accusé[1755].

723. Appréciation critique. – Le raisonnement des juges de la CPI vient profondément dévoyer le standard intentionnel requis. L'opération de qualification est exclusivement centrée sur l'existence d'une entreprise génocidaire d'ensemble – qui, rappelons-le, n'est pas tenue pour une condition qualifiante *de lege lata* – et l'intention propre de l'accusé n'est en aucun cas évaluée. Ce détournement des conditions de l'infraction n'est pas à mettre sur le compte des difficultés inhérentes à la charge de la preuve. Comme cela a été souligné, la chambre avait à disposition des discours et déclarations du président soudanais, à partir desquels elle aurait pu valablement raisonner pour évaluer son intention de détruire le groupe ethnique considéré. Par ailleurs, ses déclarations liminaires en attestent puisqu'elle prévient, d'emblée, que son analyse portera sur l'intention du gouvernement et non sur celle de l'accusé. En réalité, le positionnement de la Cour paraît s'expliquer par le fait que la situation d'ensemble n'était pas caractéristique d'un génocide. Les éléments de preuve fournis tendaient plutôt à établir que les exactions commises découlaient de la mise en œuvre d'une campagne destinée à écraser la rébellion à laquelle était confronté l'État[1756]. Comme les TPI avant elle, la Cour semble bien se

---

[1754] *Ibid.*, n°207.

[1755] CPI, *Situation au Darfour, Soudan,* Affaire *Omar Al Bashir*, Deuxième décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de la délivrance d'un mandat d'arrêt (ICC-02/05-01/09-94-tFRA), ch. prélim. I, 12 juillet 2010. Il convient toutefois de relever un changement de perspective dans le second mandat d'arrêt délivré par la Chambre préliminaire. La chambre d'appel de la CPI a invalidé le premier mandat d'arrêt délivré à raison de l'interprétation de la norme d'administration de la preuve effectuée par la Chambre, qui avait exigé que l'intention génocidaire soit la *seule* conclusion raisonnable pour que le génocide puisse être visé par le mandat d'arrêt délivré. En vertu de l'article 58 al. 1 du Statut, il suffit en effet qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis le crime en cause. La Chambre préliminaire a dès lors revu le standard probatoire et délivré un second mandat d'arrêt, dans lequel a été intégré le chef de génocide. Or, dans cette seconde décision, la Chambre a recentré ses conclusions relatives au dol spécial autour d'Al Bashir : « *sur la base de la norme d'administration de la preuve dégagée par la Chambre d'appel, qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'Omar Al Bashir a agi avec le dol spécial/l'intention spécifique de détruire en partie les groupes ethniques* four, massalit *et* zaghawa » (*Ibid*., n°5). Cette seconde décision étant intervenue pour des questions de preuve, il est difficile d'en déduire que la Chambre a revu son interprétation de l'intention destructrice caractéristique du génocide. Il faut donc attendre qu'une décision intervienne au fond afin de déterminer si ce retour à l'interprétation classique du dol spécial est confirmé

[1756] Certains passages de la décisions en sont révélateurs : v. not. CPI, *Situation au Darfour, Soudan,* Affaire *Omar Al Bashir,* Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, préc, n°143 où la chambre prend le soin de rappeler la distinction « cruciale » existant entre la politique de nettoyage ethnique et la politique génocidaire avant de souligner son importance dans le cadre de cette affaire étant donné que la composante centrale de la politique criminelle en cause était constituée

montrer rétive à admettre qu'un comportement puisse être qualifié de génocide quand la situation qui l'entoure ne correspond pas à la logique du crime de génocide. Cette qualification est vouée à exprimer un processus d'anéantissement trouvant son origine dans la dépréciation de l'identité du groupe visé. Focaliser l'opération de qualification sur les motivations propres d'un individu, en l'espèce Al Bashir, ne permet pas déterminer avec certitude si les groupes ethniques étaient la cible d'une entreprise de destruction sous-tendue par le rejet de leurs caractéristiques identitaires. Aussi, les juges ont, semble-t-il, fait primer le contexte global sur le dessein personnel de l'accusé pour que la qualification juridique dépeigne fidèlement la nature des évènements survenus.

724. Bilan. – Le traitement pratique de la condition d'adhésion de l'agent au projet génocidaire est révélateur de l'inopportunité de cette exigence et donne corps aux craintes qui avaient pu être formulées lors de son analyse conceptuelle. Le standard posé n'est ni praticable, la jurisprudence n'étant pas en mesure de caractériser rigoureusement un état d'esprit aussi impalpable, ni adapté car il dicte, dans certaines situations, des solutions inadéquates. L'exigence de dol spécial est ainsi largement contournée dans l'opération de qualification afin de permettre l'application du génocide. Elle l'est également dans l'opération d'imputation, la jurisprudence ayant instrumentalisé la notion de complicité aux fins de pouvoir poursuivre les participants dépourvus d'intention propre de détruire le groupe protégé.

B. Le contournement du dol spécial dans l'opération d'imputation du génocide

725. Abaissement du degré d'intention pour la complicité par aide ou assistance. – Bien que l'administration de la preuve de l'intention soit largement facilitée par le jeu des présomptions admises, il est certaines situations dans lesquelles l'établissement du dol spécial est de l'ordre de l'impossible. Afin de contrecarrer les risques d'impunité en découlant, la jurisprudence a développé une conception souple de la complicité par aide ou assistance qui ne comprend pas dans ses éléments constitutifs l'exigence d'un dol spécial. Selon elle, « *s'agissant du crime de génocide, l'intention propre au complice est donc bien d'aider ou d'assister, en connaissance de cause, une ou plusieurs autres personnes à commettre un crime de génocide. La Chambre considère que le complice n'a donc pas nécessairement à être lui-même animé du dol spécial du génocide, qui requiert l'intention spécifique de détruire le groupe en tout ou partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel* »[1757]. Le standard

à par allégations de transfert forcé et de déportation des membres du groupe ciblé. Pour les considérations de faits, v. *ibid*, n°173, n°190, n°193 et n°195 où la chambre considère que la politique anti-insurrectionnelle conduite par la gouvernement renvoie davantage aux qualifications de crime de guerre ou de crime contre l'humanité.

[1757] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°540. Confirmé par : TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°388 ; TPIR, arrêt *Seromba*, préc., n°56 ; TPIR, jugement *Mpambara*, préc., n°16 ; TPIR, arrêt *Ntakirutimana*, préc., n°499-501. La jurisprudence du TPIY s'est ralliée à cette conception : v. not. TPIY, arrêt *Krstić*, préc., n°140.

intentionnel requis est ainsi abaissé à l'action *en connaissance de cause*. Ainsi, il suffit que l'agent ait consciemment pris part à l'entreprise d'ensemble, c'est-à-dire en sachant que ses actes contribuaient à la réalisation de l'entreprise, pour qu'il puisse être déclaré coupable, peu important qu'il ait personnellement aspiré à la destruction du groupe. Il doit toutefois savoir que l'auteur principal était, pour sa part, animé d'une telle intention[1758].

726. Fondement de la conception renouvelée de la complicité. – Cette conception de l'élément moral de la complicité a été fondée par le TPIR sur des solutions dégagées par deux Cours israéliennes dans l'affaire Eichmann. La Cour de District de Jérusalem et la Cour suprême d'Israël se sont accordées à reconnaître la culpabilité de ce fonctionnaire nazi qui, bien qu'il n'ait pas personnellement conçu « la solution finale », avait largement contribué à la concrétiser en organisant l'envoi des victimes juives dans les camps de concentration. Les Cours ont estimé que sa participation *en connaissance de cause* au plan d'extermination permettait d'engager sa responsabilité en tant que complice[1759]. La Cour de cassation française a d'ailleurs admis une solution similaire, en matière de crime contre l'humanité dans l'affaire *Papon*[1760]. Les faits reprochés au demandeur au pourvoi étaient d'avoir facilité, par son concours actif et en sa qualité de secrétaire général de la préfecture de Gironde, l'acheminement de plus de mille cinq cents personnes d'origine juive jusqu'à Drancy, d'où elles avaient ensuite été déportées en Allemagne et exterminées. Dans son pourvoi présenté à la Chambre criminelle, la défense faisait valoir que « *la complicité individuelle suppose l'adhésion du complice à l'idéologie hégémonique et raciale de l'institution criminelle* ». L'argument fut rejeté par la Chambre, qui affirma au contraire que « *le dernier alinéa de l'article 6 du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg n'exige pas que le complice de crimes contre l'humanité ait adhéré à la politique d'hégémonie idéologique des auteurs principaux* »[1761]. Ces deux décisions internes montrent que la solution dégagée par le TPIR n'est pas novatrice et qu'en la matière du droit international pénal, il avait déjà pu être admis que l'exigence d'intention renforcée soit retranchée pour le complice afin de faciliter la répression de tous les acteurs de l'entreprise criminelle. D'aucuns contestent cette conception de la complicité, arguant que l'exigence de dol spécial devrait s'appliquer au complice[1762]. On peut néanmoins considérer que la nature accessoire du fait de participation induit que le complice n'a pas à réunir en sa personne les conditions constitutives de l'infraction et donc, qu'il n'a pas à satisfaire à

[1758] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°541. Confirmé par les jurisprudences citées à la note de bas de page précédente.
[1759] "Attorney-General of the Government of Israel vs. Adolph Eichmann", Israël, "District Court" de Jerusalem, 12 déc. 1961 cité par : TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°543.
[1760] En réalité, c'est la qualification de génocide qui devrait s'appliquer mais l'infraction n'était pas incriminée dans le statut du TMI de Nuremberg, de sorte qu'elle ne pouvait servir de fondement à la condamnation de l'agent.
[1761] Cass. crim., 23 janv. 1997, *Bull*. n° 32 ; *D*. 1997, p. 147, note J. PRADEL ; J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la Chambre criminelle du 23 janvier 1997 », *D.* 1997, chron. p. 249 ; *JCP G* 1997, II, n° 22812, note J.-H. ROBERT.
[1762] W. SCHABAS, « l'affaire Akayesu et ses enseignements sur le droit du génocide », K. BOUSTANY et D. DORMOY (Dir.), *Génocide(s), op. cit*., p. 126

l'exigence de dol spécial. L'élément moral de la complicité devrait plutôt être conçu à l'aune du fait matériel qu'on lui reproche, à savoir une participation à l'infraction d'autrui. Ainsi, il faudrait simplement vérifier qu'il ait entendu s'associer avec autrui, en pleine connaissance de cause. Il n'en demeure pas moins que cette conception jurisprudentielle de la complicité de génocide reste empreinte de défauts majeurs qui apparaissent lors de son application aux faits.

727. Dénaturation du concept de complicité. – Le premier problème posé par cette lecture de la complicité par ordre ou assistance est d'ordre conceptuel. Selon une approche classique, que partagent les différents systèmes juridiques de *common law* et de *civil law*[1763], la complicité est un mode de participation accessoire à l'infraction, en ce sens que le complice n'accomplit pas personnellement le comportement décrit par le texte d'incrimination. En d'autres termes, le complice ne commet pas matériellement l'infraction ; il contribue à rendre possible sa réalisation par une tierce personne, l'auteur principal. La conception qui en est admise devant les juridictions pénales internationales n'est pas différente. Les juges du TPIR se sont en effet ralliés à la théorie de l'emprunt de criminalité[1764] pour expliciter ce mode de participation à l'infraction : « *le complice emprunte la criminalité de l'auteur la criminalité de l'auteur principal. Par criminalité d'emprunt, il faut entendre le fait que l'opération matérielle qui constitue l'acte de complicité n'est pas pourvue d'une criminalité propre, mais qu'elle emprunte la criminalité de l'acte réalisé par l'auteur de l'entreprise délictueuse* »[1765]. Ces précisions ne laissent donc aucun doute subsister quant à l'objet de la complicité : elle a vocation à saisir le comportement d'un agent qui, pris isolément, ne commet pas une infraction pénale, c'est-à-dire celui d'un individu qui n'a pas commis matériellement les actes incriminés.

Ayant posé ce principe, les juges admettront plus en avant dans ce même jugement qu'il puisse être reconnu à la complicité pour engager la responsabilité pénale des participants au génocide dépourvus d'intention destructrice. Il existe pourtant une contradiction invincible entre ces deux propositions. L'exécutant qui n'est pas animé du dol spécial requis n'en demeure pas moins l'auteur matériel du crime sous-jacent. Il est celui qui réalise les actes décrits par le texte d'incrimination. Son action n'emprunte donc aucune criminalité : elle est criminelle par nature puisqu'elle correspond à l'interdit posé. On peut ainsi reprocher à la Chambre son appréhension discordante du concept de complicité et regretter qu'elle en vienne à le dénaturer en détournant de la sorte son application à des fins répressives.

[1763] A. K. A. GREENAWALT, « Rethinking Genocidal Intent : The Case for a Knowledge-Based Interpretation », préc., p. 2283.

[1764] Sur cette théorie en droit français, V. not. : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *Droit pénal général, op. cit*., n°536 ; P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, Dalloz, 2ème éd. (mise à jour 15 nov. 1975), n°775 et s ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°406 ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°319 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°347 et s. ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°383 et s.

[1765] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°528. La chambre se contente d'exposer cette doctrine sans la ratifier expressément, mais la conception qu'elle développe de la complicité dans les paragraphes qui suivent montre qu'elle s'est ralliée à la théorie de l'emprunt de criminalité.

728. Nécessité d'un fait principal punissable. – D'autres critiques, d'ordre technique cette fois, peuvent également être formulées. De l'admission de la nature accessoire de la complicité découle en effet une exigence indispensable : l'existence d'un fait principal punissable. Cette condition, induite par la théorie de la criminalité d'emprunt, a été formellement identifiée comme un élément juridique de la complicité par le TPIR : « *la complicité suppose donc qu'une infraction ait été commise, à titre principal, par un autre que le complice* »[1766]. En conséquence, il a logiquement été déclaré que « *pour qu'un chef d'accusation de complicité dans le génocide puisse être retenu, il faut d'abord que soit établi au-delà de tout doute raisonnable qu'un crime de génocide a effectivement été commis* »[1767]. La jurisprudence vient ainsi ratifier une règle abstraite qui, cependant, ne résiste pas à l'application concrète qu'elle opère de ce mode de participation. Prenons l'exemple suivant : un individu X participe sciemment à l'extermination de l'un des groupes ciblés en tuant plusieurs de ses membres. X commet intentionnellement le crime de meurtre, sans pour autant être animé par l'intention de détruire le groupe dans son entier. En raison de l'absence de ce dol spécial, X ne peut être reconnu auteur d'un génocide. L'application de la complicité à cette situation afin de contourner l'exigence de dol spécial soulève alors une interrogation fondamentale : où est le fait principal punissable ? Pour reprendre la déclaration de la Chambre, à quelle *infraction commise par un autre que le complice* l'action de X vient-elle se greffer ?

729. Absence de fait principal punissable. – Dans l'affaire *Stakić,* la solution trouvée par le tribunal a consisté à rattacher l'action individuelle de l'accusé à l'activité collective de génocide[1768]. Si l'on suit cette approche, le fait principal punissable consiste, en d'autres termes, en l'entreprise génocidaire d'ensemble. La lettre du Statut empêche pourtant d'adopter une telle analyse puisqu'elle ne fait pas de l'entreprise globale un crime en tant que tel[1769] ; constitue le crime de génocide l'acte sous-jacent qui s'inscrit en son sein. Si l'on se résout à une lecture stricte du texte d'incrimination, il faut pouvoir établir, pour que les conditions de la complicité de génocide soient réunies, que X a contribué à la perpétration d'un crime sous-jacent par un tiers contribuant à l'entreprise criminelle. Dès lors que l'agent agit individuellement, comme dans l'exemple précité, il est ainsi impossible d'identifier un fait principal punissable. *A priori*, la seule situation qui pourrait admettre la caractérisation de la complicité est donc celle où le crime sous-jacent est commis collectivement. Pour reprendre l'exemple précité, dans l'hypothèse où X aurait commis le meurtre d'un des membres du groupe conjointement avec

[1766] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°529.
[1767] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°530.
[1768] Cette solution semble avoir été adoptée par les juges du TPIY dans le jugement *Stakić, préc.*, n°561 ainsi qu'en témoignent les motifs de leur décision d'acquittement du chef de complicité de génocide : « *Pour que Milomir Stakić soit convaincu de complicité de génocide, il faut établir qu'il y a bien eu génocide. Vu les éléments de preuve présentés en l'espèce, la Chambre de première instance n'est pas convaincue au-delà de tout doute raisonnable qu'un génocide ait eu lieu à Prijedor en 1992. Milomir Stakić est donc acquitté du chef de complicité de génocide* » (nous soulignons).
[1769] En ce sens également : C. KRESS, « The darfur report and genocidal intent », préc., p. 574.

un autre individu, alors l'action de ce dernier pourrait fournir un fait principal punissable, pour peu qu'elle ait été quant à elle animée de l'intention requise. Reste que ce cas de figure renvoie, en théorie, à une forme de coaction et non à la complicité dans la mesure où chacun des participants à l'infraction réalise ici *personnellement* les actes incriminés[1770]. Il faut toutefois reconnaître que cette distinction classiquement admise en droit interne n'avait aucun relai dans le Statut des TPI, la commission conjointe n'étant pas visée en tant que mode de participation à l'infraction[1771]. Depuis l'adoption du statut de Rome, il en va cependant autrement puisqu'il y est opéré une distinction entre la situation où l'agent commet un crime conjointement avec une autre personne[1772] – coaction – de celle où il facilite la commission du crime d'autrui en y apportant son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance[1773] – complicité par aide ou assistance –, ce qui montre bien que ces deux concepts ne sont pas équivalents. En somme, même dans cette hypothèse de commission collective du crime sous-jacent, l'application de la complicité n'est pas bienvenue car elle emporte un enchevêtrement des modes de participation criminelle et fragilise, partant, la cohérence des règles régissant l'imputation de l'infraction.

730. Complicités en chaîne. – Cette pratique jurisprudentielle appelle par ailleurs une interrogation sur la responsabilité des participants intellectuels à l'infraction. Puisque le génocide se consomme par la commission de l'un des crimes sous-jacent et que ces crimes sous-jacents consistent exclusivement en des comportements d'exécution de l'entreprise de destruction, il s'ensuit que toutes les autres formes de participation à l'entreprise s'entendent, par définition, de participations accessoires à l'infraction. En effet, la planification, l'ordre ou encore l'instigation n'étant pas visés au titre des actes consommant le génocide, ces comportements relèvent alors seulement de la complicité, de sorte qu'ils doivent venir se greffer à un crime sous-jacent punissable pour générer une responsabilité pénale. Imaginons alors la situation où le meurtre commis par l'agent X précédemment considéré a été réalisé sur ordre d'un individu B, pourvu de l'intention de détruire le groupe protégé comme tel. Comment qualifier l'action de B ? Comme le souligne un auteur, X, qualifié de complice, est réputé avoir aidé à la commission d'un génocide mais non pas « commis » un génocide : se pose par

[1770] X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°310.

[1771] En réalité, la jurisprudence s'est bien référée à la notion de coaction dans le cadre de la théorie de l'entreprise criminelle commune. Ce mode d'imputation a été crée pour saisir les certaines formes de responsabilité collective où il est difficile de bien cerner la répartition des rôles de chacun. Grâce à cette construction jurisprudentielle, un individu pouvait être tenu responsable de la *commission* d'un crime, dans la mesure où celle-ci avait résulté de la mise en œuvre d'un but criminel commun qu'il partageait avec d'autre individus. De fait, tous les membres de l'entreprise criminelle étaient donc réputés coauteurs du crime commis, peu important que l'accusé l'ait matériellement perpétré. En vertu de cette approche, il n'y a plus de différence entre la coaction et la complicité sur le plan objectif étant donné qu'il n'est pas nécessaire que l'agent ait matériellement perpétré le crime pour être coauteur. C'est, en réalité, à la lumière de l'intention des agents et, précisément, de leur adhésion au but commun qu'était différenciés ces deux modes de participation (sur ce point, v. O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, incriminations, responsabilité*, *op. cit.*, pp. 355-376). En somme, la distinction classique entre la complicité et la coaction, fondée dans la matérialité du comportement réalisé, n'est pas vraiment exploitable ici compte tenu de la conception que retenait la jurisprudence de ce second mode d'imputation.

[1772] Art. 25 al. 3, a) du statut de Rome.

[1773] Art. 25 al. 3, c) du statut de Rome.

conséquent la question de savoir si l'on peut valablement engager la responsabilité de B pour avoir ordonné la commission d'un « crime » de génocide[1774]. Cette remarque pourra bien être perçue comme relevant d'un formalisme excessif puisqu'en substance, X a bien perpétré un acte typique de génocide. On pourrait d'ailleurs être tenté de recourir à la théorie de l'emprunt de matérialité, qui admet que la participation à un fait délictueux suffit à établir la complicité, peu important que l'infraction principale soit constituée dans tous ses éléments constitutifs[1775]. Cela n'empêche pas de constater une entorse au principe de légalité qui impose une stricte application des textes. Or, relativement à une telle situation, les dispositions statutaires du TPIR énoncent très clairement que la responsabilité d'un individu peut être engagée dans la mesure où il a « *ordonné* (…) *un crime visé aux articles 2 à 4 du présent statut* ». Du reste, la théorie de l'emprunt de matérialité rattache, en tout état de cause, le fait du complice à une infraction. Or, dans notre situation, il n'y a pas *d'infraction* principale mais plutôt une *complicité* principale, ce qui laisse entrevoir les errements auxquels conduit l'application détournée de la complicité au comportement de l'exécutant : dans cette situation, les individus X et B peuvent être tous deux déclarés coupables de complicité d'un crime de génocide qui, finalement, ne connaît pas d'auteur principal. Plus encore, si l'on suit le raisonnement du TPIR, apparaît la circonvolution suivante : B, ayant ordonné le meurtre pour donner effet à ses intentions destructrices, peut être déclaré coupable de génocide à raison de sa complicité des actes de X ; et pour peu que X ait eu connaissance des intentions de B, il pourra être déclaré coupable de génocide pour avoir été le complice de B[1776]. Cette complicité en chaîne pourrait bien s'étendre à l'infini pour former l'ensemble de la situation génocidaire. Cette approche « *irrationnelle* »[1777] de la complicité constitue l'ultime manifestation de la stratégie d'évitement développée par la jurisprudence. En affranchissant ce mode d'imputation de toute condition tenant à l'adhésion au projet, elle facilite ainsi l'engagement de la responsabilité des participants à l'entreprise d'ensemble, quitte à dénaturer le concept de complicité.

731. Conclusion de la section 2 : abandon du dol spécial requis. – Au regard de l'ensemble de ces considérations, il apparaît nécessaire de procéder à la relecture de l'élément intentionnel du génocide. La condition d'adhésion au projet de destruction n'est pas pertinente ; La jurisprudence a inféré cette exigence de la définition conventionnelle de l'infraction alors qu'aucune considération ne commande cette interprétation. Ni la lettre du texte, ni son esprit, ne requièrent que le participant à l'entreprise ait fait siennes les ambitions génocidaires. En réalité, cette lecture de l'intention génocidaire semble plutôt à mettre au compte de l'incommensurable horreur que fait naître chez tout un chacun le génocide, comme si la culpabilité du criminel devait nécessairement être à la hauteur de la gravité du crime lui-même.

[1774] C. KRESS, « The darfur report and genocidal intent », préc., p. 574.
[1775] Sur cette notion, v. E. BARON, *La coaction en droit pénal*, *op. cit*., n°111.
[1776] A. K. A. GREENAWALT, « Rethinking Genocidal Intent : The Case for a Knowledge-Based Interpretation », préc., pp. 2283-2284.
[1777] *Ibid*., p. 2284.

Cette représentation intuitive de la criminalité génocidaire n'est pourtant pas réaliste. Au contraire, il a été vu que les participants à l'entreprise de destruction n'étaient pas toujours acquis à la cause. Cette dissonance entre la définition juridique et la factualité criminologique du génocide laissait présager de véritables difficultés pratiques qui se sont révélées à l'analyse du traitement judiciaire de l'infraction. Prise au piège de sa propre interprétation de l'élément moral, la jurisprudence multiplie les techniques de contournement de l'exigence de dol spécial et livre, par conséquent, des décisions qui peuvent être contestées au regard du principe de légalité. Plutôt que d'enjoindre au respect d'une condition qui n'est ni fondée, ni pertinente, il apparaît préférable d'abandonner cette condition d'intention renforcée *de lege ferenda*[1778]. En somme, il s'agirait de concevoir le projet de destruction comme un attribut exclusif de l'entreprise génocidaire globale, c'est-à-dire comme une composante de l'élément contextuel de l'infraction, et d'abaisser l'élément moral du génocide à un dol général, conformément au standard applicable aux autres infractions internationales par nature.

[1778] Cet avis est partagé par plusieurs auteurs ayant approfondi l'analyse de l'élément moral du génocide. Voir, niotamment, : M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., p. 496 et s. ; A. K. A. GREENAWALT, « Rethinking Genocidal Intent : The Case for a Knowledge-Based Interpretation », préc., p. 2289 et s. ; C. Kress, « The crime of genocide under international law », préc., pp. 497-498 ; K. AMBOS, « What does "intent to destroy" mean », préc., p. 849 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

732. Si l'existence d'un projet consistant à détruire une collectivité déterminée est une condition cardinale de l'infraction internationale, celle-ci se rapporte à son élément contextuel et non à son élément individuel. Le but criminel est ainsi un attribut de l'entreprise et non un état d'esprit conditionnant la culpabilité de l'auteur.

733. Cette affirmation trouve une assise solide dans le droit positif applicable aux infractions de crime d'agression, de crime de guerre et de crime contre l'humanité. Bien que des positions contraires aient pu être défendues en doctrine ou tenues par certaines chambres des juridictions pénales internationales, l'adhésion au projet d'ensemble est, de manière générale, une condition indifférente de la culpabilité du participant à l'entreprise d'ensemble. La responsabilité pénale de l'agent peut, en effet, être engagée qu'il ait souscrit aux buts de l'entreprise ou qu'il les ait désapprouvés. Cette circonstance n'a donc pas d'incidence sur la qualification de l'infraction. Tout au plus pourra-t-elle constituer un élément d'appréciation de la gravité de son comportement. Plus intense est la résolution de l'auteur, plus sa conduite est blâmable. Aussi peut-on reconnaître un intérêt juridique au rapport psychique entretenu par l'agent avec le projet criminel d'ensemble pour la fixation de la peine.

734. En considération de ce qui précède, le crime de génocide se présentait comme une infraction singulière. La jurisprudence a toujours estimé que la qualification de cette infraction suppose d'établir que l'agent poursuivait, en propre, le but destructeur caractéristique du génocide. Cette lecture a beau être pleinement admise de *lege lata*, l'examen approfondi de l'élément moral de l'infraction conduit à la reconsidérer. Le standard intentionnel posé est malvenu compte tenu de la matérialité constitutive de l'infraction : ce sont des comportements d'exécution du projet qui consomment le génocide. Ainsi, est associée au comportement des individus concrétisant la réalisation du projet une résolution qui est, en réalité, caractéristique des décideurs se situant au sommet de l'organisation criminelle, c'est-à-dire de ceux qui conçoivent le projet génocidaire. À raison de ce décalage, l'élément moral du génocide est inadéquat. D'abord, parce qu'il est la plupart du temps impossible de déceler une telle intention chez les exécutants de l'entreprise. Ensuite, et surtout, parce que l'intention d'un exécutant ne préjuge pas de la nature véritable de l'entreprise dans laquelle s'inscrivent ses actions, laquelle constitue le critère d'évaluation de la qualification qu'il convient d'appliquer à une situation donnée. La jurisprudence, qui s'est rapidement rendue compte des difficultés inhérentes à la condition d'adhésion au projet de destruction qu'elle a elle-même consacrée, développe des techniques et autres constructions conceptuelles novatrices pour mieux la contourner et ainsi assurer une répression efficace des infractions portées à sa connaissance. Il n'en demeure pas

moins que ces artifices entament la légitimité des décisions rendues mais aussi la cohérence de la définition du génocide qui intègre, en théorie, une condition d'intention renforcée qui, en pratique, est très peu respectée. Compte tenu de l'absence de fondement légal de cette exigence d'adhésion au projet d'ensemble, il semble ainsi préférable de se résoudre à l'abandonner *de lege ferenda*, ce qui permettrait par ailleurs d'envisager une structure commune aux infractions internationales.

735. À l'issue de cette étude, il désormais possible de déterminer ce que n'est pas l'intention coupable de l'infraction internationale. Mais il demeure à identifier ce qu'elle est. À défaut d'exigence de dol spécial, il faut donc considérer que la culpabilité, en droit international pénal, repose sur un *dol général*. C'est dire qu'il suffit que l'intention de l'agent soit tendue vers la réalisation du comportement matériel sanctionné par la notion d'infraction internationale, et donc, plus concrètement, qu'il convient simplement d'établir que l'agent ait *entendu prendre part à l'entreprise d'ensemble* pour que sa participation revête un caractère punissable.

Chapitre 2. L'intention de participer à l'entreprise d'ensemble

736. La notion de dol général. – En vertu du principe d'intentionnalité des infractions internationales, il faut, *a minima*, que la participation de l'auteur atteigne le degré d'un dol général. Cette notion correspond, en effet, à la plus petite expression de la pensée coupable, soit, en d'autres termes, à « *l'élément moral minimal* »[1779] des infractions intentionnelles.

737. Les composantes classiques du dol général. – À travers le dol général, c'est « *l'image de l'infraction légale projetée sur l'esprit du délinquant* »[1780] que l'on entend établir. Il s'agit de montrer que l'auteur a tourné délibérément son action vers la réalisation du comportement décrit par l'incrimination.

Bien qu'il s'agisse d'une notion de référence, il n'existe pas de définition uniforme du dol général. Certains auteurs le définissent comme la volonté tendue vers la violation de la loi pénale[1781]. Cette approche, héritée de la conception légaliste française de l'infraction, peine toutefois à éclairer le reproche fondamentalement adressé au délinquant. Car, en réalité, c'est moins une volonté abstraite d'enfreindre la norme pénale, que celle de perpétrer le *comportement* qu'elle décrit, qui forme l'intention coupable. De ce point de vue, le dol général peut être ramené, plus concrètement, à la volonté de réaliser l'infraction, telle que déterminée par la loi[1782]. Mais il ne saurait, toutefois, être réduit à cette donnée volitive, car celle-ci ne préjuge pas, entièrement, de la culpabilité de l'auteur. En effet, la culpabilité morale engage, en sus de la volonté manifestée par l'auteur, la perception qu'il a eue de son acte : pour que son attitude soit pleinement fautive, encore faut-il qu'il *sache* que la direction affectée à sa volonté contrarie un interdit pénal[1783]. Transparaissent, ainsi, les deux composantes intangibles du dol général : une volonté de réaliser l'infraction, en connaissance de cause.

738. Dédoublement du dol général dans la notion d'infraction internationale. – Si ces deux éléments que sont la volonté et la connaissance constituent les critères constants du dol général, leurs contours varient toutefois selon l'infraction considérée, puisqu'ils sont le pendant psychologique de son élément matériel. Il s'ensuit que plus l'infraction aura de critères objectifs, plus dense sera l'intention requise. Si celle-ci est de structure simple, c'est-à-dire si elle couvre un comportement matériel unique, le dol général se résume, alors, à une volonté éclairée de réaliser ledit comportement. Plus délicate est la détermination de son contenu

[1779] X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°201.
[1780] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général, op. cit*., n°589.
[1781] X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°201 ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°382.
[1782] X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n° 200 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°218.
[1783] Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°382.

lorsque l'infraction est organisée selon une structure complexe, comme c'est le cas de l'infraction internationale. La qualification des crimes relevant de cette notion est, comme précédemment démontré, soumise à une double exigence : l'acte commis doit à la fois correspondre à l'un des faits sous-jacents incriminés et à caractériser une participation à l'entreprise d'ensemble. Cette dualité constitutive emporte alors un dédoublement du dol général : à chacune de ces composantes matérielles de l'infraction correspondent en effet une connaissance et une volonté, soit respectivement celles de réaliser le crime sous-jacent *et* de l'inscrire au sein de l'entreprise d'ensemble[1784].

739. Approfondissement du dol général dans sa dimension participative. – Sans remettre en cause ce double aspect de l'élément moral des crimes internationaux, on peut néanmoins avancer que seule l'analyse du dol général dans sa dimension participative revêt véritablement un intérêt au regard de la systématisation de la notion d'infraction internationale. En effet, le dol général relatif aux faits sous-jacents ne présente aucune originalité. Dès lors que la plupart des conduites incriminées correspondent à des infractions de droit commun, les critères intentionnels applicables rejoignent ceux que l'on connaît en droit interne. Par exemple, la substance de l'intention homicide, en tant que fait sous-jacent de l'infraction internationale, est identique à celle de cette infraction en droit français[1785]. Ainsi, et parce que le dol général participatif constitue le véritable marqueur de la spécificité de l'élément moral des infractions internationales, c'est, précisément, cette composante intentionnelle qu'il faut définir pour délimiter le contenu de la culpabilité en droit international pénal.

740. Les composantes du dol général participatif. – Le dol général, dans sa dimension participative, ne déroge pas aux exigences classiques de connaissance et de volonté. Pour que la participation à l'entreprise d'ensemble puisse être réputée coupable, et donc répréhensible, il faut, avant toute chose, que l'agent se soit fait une représentation éclairée de la situation dans laquelle s'inscrit son fait. C'est en effet à cette seule condition qu'on peut considérer que l'infraction a été commise sciemment. Mais il faut, également, que l'agent ait entendu inscrire son fait dans cette situation qu'il connaît, sans quoi l'aspect volontaire de la participation ferait défaut, mettant ainsi en échec la caractérisation de l'intention coupable. C'est dire, en somme, que le dol général participatif requiert une connaissance de l'entreprise d'ensemble (**Section 1**) se prolongeant dans une volonté de prendre part à sa réalisation (**Section 2**).

[1784] Cette définition du dol général est applicable à toutes les infractions en participations, et notamment à l'infraction terroriste : v. J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal : étude critique des incriminations terroristes*, *op. cit*., n°388.

[1785] Le comportement homicide est défini dans des termes semblables en droit interne et en droit international pénal : en vertu de l'article 221-1 du Code pénal français, il consiste dans le fait de « *donner volontairement la mort à autrui* » ; en vertu des éléments des crimes applicables devant la CPI, il consiste dans le fait de « *tuer une ou plusieurs personnes* ». Il s'ensuit que l'élément moral correspondant à ces deux infractions détient la même substance, à savoir une volonté de causer la mort d'autrui.

Section 1. La connaissance de l'entreprise d'ensemble

741. La condition de connaissance. – La connaissance, qui peut être définie comme une « *approche éclairée de la réalité* »[1786], est un prérequis à la formation de la culpabilité. En effet, aucun reproche ne saurait être adressé à celui qui agit sans savoir que son comportement est pénalement punissable. C'est dire, positivement, que l'agent doit avoir parfaitement intégré que son attitude caractérise une infraction pénale.

742. La condition de connaissance dans la notion d'infraction internationale. – Ce principe s'applique pleinement au droit international pénal ; la Chambre d'appel du TPIY l'a, d'ailleurs, expressément rappelé : « *pour qu'un comportement engage la responsabilité pénale de son auteur, il faut que celui-ci ait pu a priori déterminer, sur la base des informations dont il disposait, que le comportement en question était criminel* »[1787]. Cela suppose non seulement que le participant doit s'être correctement représenté que son action caractérisait l'un des faits sous-jacents décrits par le texte d'incrimination, mais, également, qu'il ait su qu'elle s'intégrait à la réalisation de l'entreprise contextuelle. Le premier de ces éléments rejoint l'exigence classique de connaissance, telle qu'elle est conçue en droit interne : l'agent doit s'être correctement représenté les caractères de son comportement. La seconde condition suscite davantage de difficultés. D'abord, parce qu'elle n'est pas commune – elle est un attribut réservé des infractions collectives par nature[1788] –, et ensuite, et surtout, parce qu'elle fait l'objet de nombreuses entorses, à la fois au plan légal et jurisprudentiel ce qui en complexifie la compréhension. En théorie, celle-ci suppose de vérifier que l'agent s'est correctement représenté l'existence de la situation contextuelle, en fait, et en droit, puisque c'est de la compréhension du rapport existant entre les *faits en cause* et les faits *décrits par l'incrimination* que découle la compréhension du caractère illicite du comportement en question[1789]. Or, le traitement de cette double exigence est parfois insatisfaisant. Pour en rendre compte, on étudiera successivement ces deux composantes de la connaissance infractionnelle, dans leur rapport à l'entreprise d'ensemble : d'abord la condition de connaissance factuelle (§1), puis la condition de connaissance juridique (§2).

[1786] Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°225.
[1787] TPIY, *Affaire le Procureur c. Naletilić et consorts*, arrêt d'appel (IT-98-34-A), ch. d'appel, 3 mai 2006, n°114 (Ci-après : « arrêt *Naletilić et consorts* »).
[1788] On retrouve cette exigence dédoublée de connaissance, vers le fait individuel et le contexte d'ensemble dans l'infraction de terrorisme. V. J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal* : *étude critique des incriminations terroristes*, *op. cit.*, n°337 et s.
[1789] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *Droit pénal général, op. cit.*, n°580.

§1. La connaissance factuelle de l'entreprise d'ensemble

743. Connaissance des faits établissant l'existence de l'entreprise d'ensemble. – Nul ne peut agir en connaissance de cause s'il se méprend sur la réalité des évènements au sein desquels il intervient. L'agent doit s'être correctement représenté la situation infractionnelle, ce qui suppose, relativement à l'infraction internationale, qu'il ait assimilé les différentes circonstances établissant l'existence de l'entreprise d'ensemble dans laquelle s'inscrit son fait. Cette condition, constante, se traduit toutefois dans des exigences différentes selon l'infraction considérée, puisqu'à chacune d'elle correspond une entreprise contextuelle spécifique. Il faut donc les envisager successivement pour déterminer le contenu de la connaissance factuelle qu'elles requièrent respectivement. Pour ce faire, on distinguera selon que l'entreprise d'ensemble est de nature martiale (A) ou criminelle (B).

A. La connaissance factuelle des entreprises martiales

744. Analyse du crime d'agression et du crime de guerre. – La connaissance des faits caractérisant l'entreprise contextuelle est une condition commune du crime d'agression et du crime de guerre[1790] : dans le premier cas, elle suppose que participant se soit convenablement représenté les circonstances établissant l'acte d'agression (1) ; dans le second cas, qu'il ait assimilé les faits établissant le conflit armé (2).

1- La connaissance des faits caractérisant l'acte d'agression

745. Double objet de connaissance. – La qualification de l'entreprise d'agression armée est soumise à deux conditions. La première est positive : pour être agressif, l'emploi de la force armée doit être dirigé « *contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État* », ou être « *de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies* »[1791]. La seconde est négative : les offensives doivent, en outre, constituer « *une violation manifeste de la Charte des Nations Unies* », ce qui suppose qu'elles ne soient couvertes par aucune cause de justification admise par le droit international[1792]. Il s'ensuit que la connaissance doit porter sur ces deux séries de circonstances de faits[1793], soit, concrètement, sur celles qui établissent le caractère agressif (a) et injuste (b) de la force armée étatique employée.

[1790] Cette condition a été entérinée par le corpus des éléments des crimes. Pour le crime d'agression, v. les éléments n°4 et n°6 applicables à l'article 8 *bis* du Statut de Rome. Pour le crime de guerre, v. *Éléments des crimes*, art. 8, introduction, c).
[1791] Art. 8 *bis*, al. 2 du statut de Rome.
[1792] Art. 8 *bis*, al. 1 du statut de Rome. Sur cette condition, v. *supra* n°173 et s.
[1793] Cette double exigence est explicitement prescrite par les éléments des crimes : v. les éléments n°4 et n°6 applicables à l'article 8 *bis* du Statut de Rome.

a- La connaissance de la nature agressive du recours à la force

746. La connaissance du projet agressif. – Le crime d'agression, comme avant lui le crime contre la paix, ne couvre pas toute forme de recours à la force armée dans le cadre des relations interétatiques. Seules sont concernées les opérations armées revêtant un caractère *agressif*, ce qui implique que l'emploi de la force ait été voué à soumettre l'État agressé à l'autorité de l'État agresseur[1794]. Pour que l'agent ait su être en présence d'un acte d'agression armée, il faut donc qu'il ait eu connaissance de la finalité affectée à l'usage de la contrainte étatique : il doit avoir réalisé que l'attaque était destinée à asseoir la domination d'un État souverain.

La jurisprudence de l'après-guerre fournit de nombreuses illustrations de cette condition. Les décisions rendues montrent que la connaissance des projets agressifs a constitué le critère décisif des condamnations prononcées du chef de crime contre la paix. Dans les procès de Nuremberg, chaque déclaration de culpabilité a été appuyée sur la connaissance qu'avait l'accusé des desseins agressifs que poursuivait le régime nazi[1795]. À l'inverse, certains accusés furent déclarés non-coupables à défaut pour l'accusation d'avoir réussi à établir avec suffisamment de certitude qu'ils avaient eu connaissance de ces intentions[1796]. Mais ce sont surtout les déclarations de principe énoncées par le tribunal militaire américain qui révèlent l'importance de cet élément de connaissance. Ainsi dans l'affaire *Farben*, la connaissance des projets agressifs a été clairement présentée comme « *la question décisive pour déterminer la culpabilité ou l'innocence des accusés* »[1797]. De même, il a été reconnu dans l'affaire *Von Leeb* ainsi que dans l'affaire des *Ministères* que la connaissance des intentions agressives nourries par le régime constituait une condition *sine qua non* à l'engagement de la responsabilité pénale

[1794] V. *supra*, n°106 et s.

[1795] V. par ex. la déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de Göring, qui fait valoir qu'« *Hitler le tenait au courant de toutes les questions d'ordre militaire et politique importantes* » (*Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 296) ; celle de Hess, au regard de laquelle il est affirmé que « *Hess prit part, en connaissance de cause et de son plein gré, aux agressions allemandes contre l'Autriche, la Tchécoslovaquie et la Pologne* » (*Ibid*., p. 300) ou encore celle de Von Ribbentrop, qui relève que « *tous ses efforts de diplomate étaient en liaison si étroite avec la guerre qu'il ne pouvait ignorer le caractère agressif des actes de Hitler* » (*Ibid*., p. 305). Telle connaissance n'est pas toujours explicitement soulignée, mais elle ressort toutefois implicitement des fonctions assumées et du rôle joué par l'accusé dans le cadre de la réalisation de l'entreprise d'agression, sur lesquels le tribunal insiste largement pour asseoir les condamnations prononcées (v. not : la condamnation de Keitel, *Ibid*., pp. 306-307 ; celle de Raeder, *ibid*, p. 337-339 ou encore celle de Rosenberg, *ibid*., p. 312-313).

[1796] Par exemple, Schacht fut déclaré non-coupable de crime contre la paix en l'absence de preuve suffisante de sa connaissance des plans d'agression nazis. V. *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 331.

[1797] *USA c. Carl Krauch and others*, « The I.G. Farben case », préc., p. 1112. Saisi de la question de savoir si la participation au réarmement de l'Etat pouvait être constitutive d'un crime contre la paix, le tribunal a rappelé que « *selon le TMI, "le réarmement, en lui-même, ne constitue pas un crime aux termes du Statut"* » avant de déclarer : « *il est clair que la participation au réarmement de l'Allemagne n'était pas un crime, sauf si les accusés procédaient au réarmement ou y participaient, sachant qu'il existait un plan d'agression ou que ce réarmement était organisé dans le but de mener une guerre d'agression. Nous arrivons donc à la question décisive pour déterminer la culpabilité ou l'innocence des accusés au regard des premier et cinquième chefs d'accusation – celle de la connaissance"* ».

du chef de crime contre la paix[1798]. Au regard de ces différentes décisions, il ne fait aucun doute que la connaissance du projet agressif poursuivi a été conçue comme une condition essentielle de la culpabilité pour crime contre la paix.

747. Connaissance effective du projet agressif. – Par ailleurs, le tribunal américain s'est prononcé sur la consistance de la connaissance requise en affirmant, dans le cadre de l'affaire *des Ministères*, qu'« *il y culpabilité seulement s'il y a connaissance effective de l'agression, le fait de suspecter la nature agressive de la guerre ne suffisant pas* »[1799]. Ce faisant, le tribunal rappelle une exigence classique : l'agent doit s'être figuré avec *exactitude* la situation dans laquelle il s'engage. Il en ressort clairement que la responsabilité d'un dirigeant ne peut être engagée pour la simple raison qu'il *aurait dû* connaître le caractère agressif de l'entreprise armée : il est impératif de vérifier qu'il avait pleinement intégré cette donnée. Le crime contre la paix n'a en effet pas vocation à sanctionner les dirigeants peu consciencieux, voire négligents, mais bien ceux qui participent *sciemment* à la réalisation d'une entreprise d'agression armée.

748. Connaissance du projet agressif concomitante à la réalisation du fait de participation. – Ce même tribunal est également revenu sur le moment où il convient d'apprécier la connaissance de l'accusé. Celle-ci ne doit pas être rétrospective : l'état d'esprit de l'agent doit être sondé au temps de son action[1800]. Cette règle découle directement du principe de concordance des éléments matériel et moral de l'infraction, qui impose que l'intention coupable préside à la commission du comportement matériel incriminé. Ainsi, il ne suffit pas que l'agent ait eu *un jour* connaissance des projets agressifs pour que sa participation à l'entreprise engage sa responsabilité. Il faut qu'il ait connu, à l'instant de sa participation, les résolutions poursuivies. La conséquence qui en découle est que l'acquisition tardive de la connaissance des projets d'agression fait obstacle à la constitution de l'infraction pour tous les actes réalisés antérieurement, quand bien même ils auraient contribué à l'accomplissement de la guerre agressive. Cela étant, « *si, néanmoins, après que la politique de déclenchement et de poursuite de guerres agressives a été formulée, le défendeur a pris connaissance de leur caractère agressif et illégitime, il devient responsable d'un acte criminel si, par son niveau de*

[1798] *USA c. William Von Leeb and others*, « The high command case », préc., p. 488 : « *Nous estimons que les mêmes éléments doivent être présents dans la guerre d'agression que dans les affaires criminelles ordinaires, pour constituer le crime. Premièrement, il faut qu'il y ait la connaissance réelle de l'intention de déclencher une guerre d'agression pour qu'une fois lancée, elle soit une guerre d'agression* » ; *USA c. Ernst von Weizsäcker and others*, « The Ministries case », préc., p. 337: « *il y culpabilité seulement s'il y a connaissance effective de l'agression* » (Traduction : Nations Unies, *Analyse historique des faits relatifs à l'agression*, préc., n°198).

[1799] *USA c. Ernst von Weizsäcker and others*, « The Ministries case », préc., p. 337 (Traduction : Nations Unies, *Analyse historique des faits relatifs à l'agression*, préc., n°198).

[1800] *USA c. Carl Krauch and others*, « the I.G. Farben case », préc., p. 1108 : « *Nous nous sommes efforcés d'éviter le danger qui consisterait à examiner la conduite des défendeurs de manière rétrospective. Au contraire, nous avons cherché à déterminer leur degré de connaissance, l'état d'esprit qui était le leur et les motifs de leur comportement à partir de la situation telle qu'elle leur apparaissait ou avait dû leur apparaître, à l'époque* » (Traduction : Nations Unies, *Analyse historique des faits relatifs à l'agression*, préc., n°132).

responsabilité politique, il avait pu user de son influence et ne l'a pas fait »[1801]. Ce tempérament est parfaitement justifié : si tous les faits commis *avant* la découverte des projets agressifs échappent à la répression, à défaut de constituer des participations éclairées, une fois la connaissance des plans acquise, l'agent ne peut plus se retrancher derrière son ignorance passée pour échapper à sa responsabilité pénale pour les actes postérieurement.

749. Preuve de la connaissance. – La preuve de la connaissance des ambitions agressives peut être établie par tout moyen. Dans les jugements d'après-guerre, son administration a été facilitée par la découverte de nombreux écrits attestant du fait que les accusés étaient bien avisés des ambitions agressives poursuivies par le régime nazi, tels que des plans de guerre ou encore des rapports écrits de conversations ou de conférences. Dans l'hypothèse – probable – où de tels supports feraient défaut, il est toujours possible de raisonner par présomption, en induisant par exemple de la fonction de l'auteur au sein de l'appareil d'État sa connaissance de la politique d'agression. À défaut de limitation du cercle des responsables aux dirigeants étatiques dans la définition du crime contre la paix, cette technique probatoire comprenait certaines limites. Il était en effet impossible de valablement l'exploiter concernant les individus appartenant à la sphère civile, tels que les acteurs économiques. Il en va cependant autrement désormais puisque seuls les individus effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État peuvent être auteurs d'un crime d'agression au sens du statut de Rome[1802]. Or, ce statut de l'agent induit *a priori* son information des politiques étatiques adoptées. De fait, la preuve de la connaissance du projet d'agression poursuivi par l'État ne devrait soulever aucune difficulté devant la CPI puisqu'elle pourra être présumée à partir de la qualité de dirigeant du participant.

750. Transition. – Connaître les faits établissant le caractère agressif de la force armée employée suppose donc de savoir que le but des opérations était de soumettre l'État ciblé. Cette condition nécessaire n'est toutefois pas suffisante. Il faut, de surcroît, que l'agent ait eu connaissance des faits établissant le caractère injuste de la force armée employée.

b- La connaissance de la nature injuste du recours à la force

751. Connaissance des faits établissant l'absence de justification du recours à la force. – Au sens du droit international, l'emploi de la force armée étatique peut trouver à se justifier dans certaines circonstances : soit parce qu'il a été expressément autorisé par le conseil de sécurité de l'ONU, soit parce qu'il procède de l'exercice du droit de légitime défense,

[1801] *USA c. William Von Leeb and others*, « The high command case », préc., p. 488.
[1802] V. *supra*, n°537 et s.

individuel ou collectif, reconnu aux États[1803]. Dans la mesure où cet élément d'injustice constitue un critère de qualification – négatif – de l'entreprise d'agression armée, il doit être connu de l'agent. Ce dernier doit savoir que ni l'une, ni l'autre de ces causes justificatives ne couvraient les opérations armées en cause.

752. Connaissance des faits établissant l'absence d'autorisation d'employer la force armée. – S'agissant du premier fait justificatif évoqué, l'agent doit avoir intégré que l'emploi de la force armée n'était pas autorisé par le conseil des Nations Unies. La preuve de cette mentalité n'est pas difficile à rapporter. Elle peut être directement déduite des circonstances. Il suffit de montrer qu'aucune décision du conseil de sécurité n'est intervenue pour avaliser l'emploi de la force armée. Par ailleurs, il pourra être tenu compte de l'existence d'une résolution condamnant les opérations armées en cause pour établir que l'agent savait que l'emploi de la force n'était pas autorisé. Par exemple, dans sa résolution 38/7 relative à la situation à Grenade, l'Assemblée générale avait déclaré déplorer « *profondément l'intervention armée à Grenade, qui constitue une violation flagrante du droit international et de l'indépendance, de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de cet État* »[1804]. Averti de l'existence d'une résolution de cet ordre, le dirigeant pourra difficilement prétendre avoir estimé que le conseil de sécurité avait consenti à ce que la force armée étatique soit employée.

753. Connaissance des faits établissant l'absence de légitime défense. – S'agissant du second fait justificatif évoqué, à savoir la légitime défense, il faut revenir sur ses conditions pour mieux cerner l'objet de la connaissance requise. Avant toute chose, l'entreprise armée ne peut être légitime que si le recours à la force armée intervient en réaction à une offensive préalable[1805]. L'antériorité de l'offensive constitue ainsi un fait établissant son illégitimité. Si l'agent a intégré cette antériorité, il est donc réputé connaître les circonstances caractérisant l'injustice du recours à la force. En sus de cette condition préalable, d'autres éléments doivent être vérifiés pour que la légitime défense puisse s'appliquer. En effet, toute forme de riposte n'est pas autorisée : il faut que la réaction armée soit nécessaire et proportionnée[1806]. Ces deux critères sont liés. Ils sont les deux facettes d'une même exigence d'adéquation de la réaction armée à l'offensive préalable. La nécessité renvoie à une adéquation *qualitative* en ce qu'elle suppose que recourir à la force pour parer l'offensive préalable constituait l'option la plus raisonnable. Dès lors, tout fait signalant que des moyens moins contraignants auraient pu être privilégiés, tels que la saisine du conseil de sécurité de l'ONU en vue de l'adoption de mesures de rétablissement de la paix n'impliquant pas l'emploi de la force, constitue un indice de l'absence de nécessité de la contre-offensive, et donc du caractère injuste de l'entreprise. La

[1803] V. respectivement les articles 42 et 51 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945. Pour une étude de ces causes de justification, v. *supra*, n°172-180.
[1804] AGNU, Rés. 38/7, doc. off. NU A/38/L.8, *Situation à Grenade*, 2 nov. 1983.
[1805] V. *supra*, n°179.
[1806] V. *supra*, n°179.

proportionnalité se conçoit quant à elle sur le plan quantitatif. Elle impose une certaine mesure dans la réaction armée, en ce sens que l'acte de défense ne doit pas être plus grave que l'attaque qu'il est voué à contrecarrer. De fait, l'intensité des dommages générés ou encore le potentiel fortement destructeur des armes employées constituent des facteurs de disproportion de l'entreprise, et donc des circonstances établissant le caractère injuste de l'acte d'agression.

754. Preuve de la connaissance. – La preuve que l'agent s'est représenté le caractère injuste de l'entreprise armée peut être rapportée par tout moyen, y compris par présomption, ce qui risque d'être souvent le cas compte tenu de la qualité particulière de l'auteur du crime d'agression[1807]. Qu'il soit chef politique ou chef militaire, le dirigeant est en effet supposément averti de la nature de la situation dans laquelle s'est engagé l'État qu'il supervise. Ainsi, même en l'absence de preuves directes de sa connaissance des faits, sa fonction devrait permettre d'établir systématiquement qu'il ne pouvait ignorer – et donc qu'il connaissait – les circonstances de l'emploi de la force armée étatique, et plus particulièrement celles qui établissent l'illicéité des opérations.

755. Transition. – En somme, la participation à l'agression armée doit avoir été doublement éclairée : le dirigeant doit, d'une part, être au courant que les opérations armées avaient pour but la soumission de l'État ciblé et, d'autre part, avoir intégré qu'aucune cause de justification ne leur était applicable. Il reste, maintenant, à déterminer le contenu de la connaissance requise lorsque l'entreprise d'ensemble s'entend, non plus, d'un acte d'agression, mais d'un conflit armé.

2- La connaissance des faits caractérisant le conflit armé

756. Double objet de connaissance. – La condition de connaissance des faits voulant que toutes les circonstances réalisant la situation infractionnelle soient connues de l'agent, il apparaît nécessaire, s'agissant du crime de guerre, que l'agent ait non seulement intégré l'existence d'un conflit armé (a), mais également qu'il ait su de quelle nature était ledit conflit (b).

a- La connaissance de l'existence du conflit armé

757. Connaissance de la relation d'adversité entretenue par les groupes aux prises. – Comme en matière d'agression, la qualification du conflit armé suppose que la force armée employée tende vers la soumission de la collectivité désignée comme l'ennemi. La différence, toutefois, est que cette finalité est poursuivie par l'ensemble des acteurs du rapport de force, en

[1807] V. *supra*, n°537.

ce sens que chacun des belligérants cherche à asseoir sa suprématie sur son adversaire. C'est, précisément, cette réciprocité de l'entreprise de soumission qui caractérise la situation de conflit armé et qui permet de la distinguer des autres formes de violences collectives, telles que les émeutes ou tensions internes[1808]. La *connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé*[1809] implique donc que l'agent soit avisé de cette relation d'hostilité entretenue par les parties au conflit. Autrement dit, il doit savoir que les affrontements n'étaient pas spontanés, mais qu'ils matérialisaient, au contraire, l'opposition de groupes armés déterminés.

758. Connaissance indifférente des modalités de réalisation des entreprises de soumission réciproques. – Il n'est pas nécessaire en revanche que l'agent ait été informé de la stratégie ou des tactiques mises au point en vue de soumettre militairement l'ennemi car la planification des opérations armées n'est pas un critère juridique de la qualification du conflit armé[1810]. Dans le même ordre d'idée, il n'est pas requis que l'auteur du crime sous-jacent soit au courant des motifs ayant présidé au conflit survenu entre les belligérants, ni qu'il ait à sa disposition des renseignements quant à la licéité des opérations conduites, ces éléments étant pareillement indifférents lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un conflit armé[1811]. Enfin, si l'on admet que la massivité des affrontements opposant les groupes armés constitue également un critère dépourvu de pertinence pour la qualification du conflit armé[1812], il faut considérer que la connaissance de cette circonstance n'est pas davantage requise au titre de la caractérisation du dol général participatif[1813].

En somme, il faut retenir que les modalités matérielles du recours à la force n'ont pas à être connues du participant dans la mesure où elles n'ont aucune incidence sur la qualification du conflit armé.

759. Preuve de la connaissance de la relation d'adversité. – Cela étant, la connaissance des modalités de mise en œuvre de l'entreprise de soumission, et en particulier sa massivité, demeure un élément de preuve des plus utiles pour établir que l'auteur du crime sous-jacent savait que son action s'inscrivait dans le cadre d'un conflit armé. La magnitude de la violence employée, le caractère continu des opérations ou encore l'importance des dommages

---

[1808] V. *supra*, n°49.
[1809] Cette exigence est formellement prescrite par les éléments des crimes. V. *Éléments des crimes*, art. 8, introduction, c).
[1810] V. *supra*, n°244.
[1811] V. *supra*, n°124.
[1812] V. *supra*, n°362 et s.
[1813] Telle n'est toutefois pas la position défendue par la jurisprudence pénale internationale. Celle-ci subordonnant la qualification des conflits armés non-internationaux à une exigence de massivité des affrontements (v. *supra*, n°332 et s.), elle retient en conséquence que la connaissance des circonstances établissant l'intensité du rapport de force constitue une condition nécessaire de la *mens rea* du crime de guerre. v. not. : CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°1172. Cette exigence ne vaut, toutefois, que pour les crimes s'intégrant à un conflit armé interne, la qualification des conflits armés internationaux n'était pas soumis à l'appréciation de la massivité des hostilités.

causés constituent, en effet, autant de facteurs éclairant l'existence d'un rapport d'adversité entre les groupes armés s'affrontant. Mais d'autres éléments de fait peuvent également être pris en considération à cet effet : des éléments objectifs d'abord, tels que des déclarations politiques révélant la volonté des parties d'anéantir la collectivité incarnant l'ennemi. Ce sont ensuite des éléments subjectifs tels que le rôle ou la fonction assumés par l'auteur au sein du groupe armé qui constituent des indices desquels il peut aisément être inféré sa conscience de la situation. En témoigne le jugement *Ntaganda* où les juges estimèrent que compte tenu de la position élevée de l'accusé au sein de l'UPC/FLPC – comptant parmi les leaders du groupe armé, il assurait la direction des opérations et de l'organisation de l'UPC/FLPC – il ne faisait aucun doute qu'il s'était représenté les circonstances établissant l'existence d'un conflit armé[1814].

760. Transition. – Indispensable, la connaissance de la relation d'adversité nourrie par les groupes s'opposant n'est toutefois pas suffisante. Il faut également que le participant se soit correctement représenté la nature du conflit au sein duquel il intervient.

b- La connaissance de la nature du conflit armé

761. Exclusion de la connaissance du caractère international ou non-international du conflit. – Si le corpus des éléments des crimes requiert, expressément, que l'auteur du crime sous-jacent ait eu connaissance de l'existence du conflit armé[1815], il énonce, en revanche, qu'« *il n'est pas nécessaire d'établir que l'auteur a eu connaissance des faits établissant le caractère international ou non international du conflit* »[1816].

762. Critique de l'exclusion. – Cette exclusion de la connaissance de la nature du conflit armé est critiquable dès lors que l'incrimination de certains crimes de guerre est limitée aux conflits présentant un caractère international. Tel est le cas, par exemple, de l'emploi de poisons ou d'armes empoisonnées[1817]. On peut également citer l'infraction consistant à « *diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu* »[1818]. La nature du conflit armé ayant ainsi une incidence sur le caractère criminel de certains faits de guerre, il est impératif qu'elle soit connue de l'auteur, sans quoi celui-ci ne peut être en mesure de déterminer si son comportement est, ou non, punissable. Aussi longtemps que l'incrimination du crime de guerre distinguera les situations de conflits

[1814] CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°1173.
[1815] *Eléments des crimes*, art. 8, introduction, al. c).
[1816] *Eléments des crimes*, art. 8, introduction, al. b).
[1817] Art. 8, al. 2, b, xvii) du statut de Rome.
[1818] Art. 8, al. 2, b, iv) du statut de Rome.

internes et internationaux, il faut considérer que la connaissance requise doit embrasser le caractère présenté par le conflit armé, à peine de réduire la responsabilité pénale internationale à une responsabilité objective[1819]. Les juges du TPIY sont, d'ailleurs, arrivés à cette même conclusion dans l'arrêt *Naletilić et consorts* : « *le principe de culpabilité individuelle exige de lui une connaissance suffisante des éléments de fait établissant l'existence du conflit armé et son caractère (international ou interne)* »[1820]. On peut donc s'étonner, et plus encore regretter, que les rédacteurs des éléments de crimes aient, quant à eux, délibérément exclu cet élément des conditions morales de l'infraction.

763. L'objet de la connaissance requise. – Si l'on s'affranchit des indications des éléments des crimes pour mieux retenir que l'élément moral du crime de guerre recouvre une *connaissance des circonstances de fait établissant la nature du conflit armé*, il s'ensuit que l'accusation devra prouver que le participant s'était correctement figuré l'identité des acteurs de l'entreprise de soumission réciproque, puisque tel est le critère déterminant le caractère interne ou international du conflit en cause.

764. La preuve de la connaissance requise. – À première vue, la preuve de cette connaissance ne suscite pas de difficulté majeure : s'il oppose des États, le conflit est international ; s'il oppose un État à un ou plusieurs groupes armés privés, ou plusieurs groupes armés privés entre eux, le conflit est non-international. Il reste que cette qualification n'est pas immuable. Un conflit originellement interne peut en effet devenir international par le jeu de l'intervention d'un État qui peut être directe ou indirecte. Dans le premier cas, elle résulte de l'envoi des forces étatiques au soutien de l'entreprise armée conduite par le groupe armé privé[1821]. Dans le second, elle tient au fait que les groupements privés conduisant la lutte armée agissent, en réalité, au nom d'un État tiers[1822]. La détermination de la nature du conflit armé n'est donc pas si aisée qu'elle paraît[1823] et il est à craindre que les exécutants de bas échelon n'aient pas toujours accès aux informations permettant d'opérer cette qualification, notamment dans le cas où le conflit viendrait à s'internationaliser. Le risque est alors que seuls les dirigeants et autres hauts responsables de la hiérarchie militaire disposent des renseignements nécessaires à l'identification de la nature du conflit armé. C'est dire que l'exigence de cette connaissance pourrait bien mettre en échec la caractérisation de l'élément moral du crime de guerre dans certaines situations ; peut-être est-ce la raison pour laquelle les rédacteurs des éléments de

[1819] En ce sens, v. K. AMBOS, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, *op. cit*., p. 335.
[1820] TPIY, arrêt *Naletilić et consorts*, préc., n°119 (v. plus largement du paragraphe n°109 à 121).
[1821] La notion d'intervention directe renvoie à la situation dans laquelle un État envoie des troupes sur le terrain à l'appui d'un mouvement d'opposition au gouvernement local. V. not. CPI, décision de confirmation des charges portées à l'encontre de *Lubanga*, préc., n°209. *Adde* : TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°84.
[1822] La notion d'intervention indirecte renvoie à la situation dans laquelle des participants à un conflit armé interne agissent au nom d'un État tiers et sous son contrôle. V. CPI, décision de confirmation des charges portées à l'encontre de *Lubanga*, préc., n°209. *Adde* : TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°84.
[1823] D'autant que la nature du conflit sera judiciairement déterminée *a posteriori*.

crimes ont décidé de la laisser de côté. Mais plutôt que de contourner le problème en abaissant le seuil de l'intention requise, il aurait mieux valu s'interroger plus largement sur la pertinence de la distinction consacrée entre la situation de conflit armé international et non international.

765. Transition. – Hormis cette critique finale, la définition de la connaissance infractionnelle dans les infractions se rapportant à une entreprise martiale est plutôt satisfaisante puisqu'elle invite à vérifier que le participant s'est convenablement figuré l'existence de la situation contextuelle, et donc, la dimension internationale de son infraction. Les infractions en lien avec une entreprise criminelle répondant de la même logique structurelle, la connaissance requise doit répondre aux mêmes exigences.

B. La connaissance factuelle des entreprises criminelles

766. Le contenu de la connaissance participative dans les infractions de crime contre l'humanité et génocide. – Dès lors qu'on admet que le crime contre l'humanité et le génocide s'entendent d'infractions participant de la réalisation d'une entreprise d'ensemble[1824], la connaissance des faits établissant l'existence d'un tel contexte apparaît comme une condition nécessaire de l'intention coupable. Elle doit embrasser toutes les circonstances caractérisant le processus criminel global, qu'il soit criminel contre l'humanité (1) ou génocidaire (2).

1- La connaissance factuelle de l'entreprise criminelle contre l'humanité

767. La consécration de la condition. – Alors même que les Statuts des TPI ne posaient aucune exigence de connaissance du contexte pour la constitution du crime contre l'humanité – les textes d'incrimination ne visaient, en réalité, aucun élément moral –, il a très tôt été reconnu, en jurisprudence, qu'il s'agissait d'une condition nécessaire de l'infraction. C'est, précisément, dans le jugement *Tadić* rendu par le TPIY qu'il a pour la première fois été affirmé qu'« *en plus de l'intention de commettre le crime de base, l'auteur doit être conscient du contexte plus large dans lequel il est commis* »[1825]. Les juges du TPIR se sont ralliés à cette interprétation, alléguant que « *ce qui transforme l'acte d'un individu en crime contre l'humanité, c'est notamment le fait que cet acte soit classé dans une catégorie d'infractions présentant un niveau de gravité accru. L'accusé devrait par conséquent être conscient de ce degré de gravité pour être tenu pour responsable desdits crimes. De ce fait, une connaissance*

[1824] En l'état actuel du droit positif, cette structure n'est pas reconnue au crime de génocide, car son incrimination ne postule pas l'existence d'une entreprise criminelle collective dans laquelle viendrait s'insérer le fait sous-jacent. L'analyse critique de cette infraction a néanmoins conduit à établir qu'il s'agit d'une condition à laquelle doit être soumise sa qualification *de lege lata*. V. *supra*, n°281-311.

[1825] TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°656, confirmé en appel : TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°248. V. aussi, notamment : TPIY, jugement *Krnojelac*, préc., n°53 ; TPIY, jugement *Kupreškić et consorts*, préc., n°556 ; TPIY, jugement *Kunarac et consorts*, préc., n°434 ; TPIY, jugement *Blaskić*, préc., n°247 ; TPIY, jugement *Kvočka et consorts*, n°127 ; TPIY, jugement *Stakić*, préc., n°620 ; TPIY, jugement *Simić*, préc., n°45.

objective ou raisonnée du contexte plus large dans lequel s'inscrit l'attaque s'avère nécessaire pour que la mens rea *exigée soit constatée. Autrement dit, l'accusé doit savoir que son acte est partie intégrante dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique contre la population civile et qu'il a été commis pour donner effet à une politique ou à un plan donnés* »[1826]. Depuis lors, cette condition n'a jamais été remise en cause. Elle a d'ailleurs été pleinement ratifiée par les rédacteurs du Statut de Rome qui l'ont introduite au sein du chapeau du texte d'incrimination du crime contre l'humanité : l'auteur du crime sous-jacent doit agir *en connaissance de l'attaque lancée contre la population civile*[1827] pour que son fait relève d'une telle qualification.

768. Le contenu de la connaissance requise. – Connaître l'attaque n'implique pas seulement percevoir l'existence d'une situation de criminalité massive. Le contexte du crime contre l'humanité suppose en effet davantage qu'une violence diffuse, aussi profuse soit-elle : il couvre la situation où un groupe de personnes civiles est en proie à un système d'oppression, mis en œuvre par une organisation criminelle[1828]. La participation de l'agent ne peut donc être éclairée qu'à condition qu'il ait intégré psychologiquement cette donnée cardinale : il doit savoir que son acte intervient alors que sévit un processus d'oppression d'une population civile identifiée comme telle.

769. La suffisance d'une connaissance globale de l'entreprise d'ensemble. – Cela étant, la jurisprudence a toujours considéré qu'une connaissance *globale* de l'entreprise collective et du but qu'elle poursuit suffit à la qualification du crime contre l'humanité. Peu importe que l'agent ait été informé du projet criminel d'ensemble dans ses moindres détails[1829], qu'il connaisse les raisons ayant conduit à la stigmatisation du groupe ou qu'il sache précisément quel sort va être réservé à ses membres[1830]. De même, dans la mesure où le caractère généralisé ou systématique de l'attaque – posé comme critère par le texte d'incrimination – a été analysé comme un critère de qualification inopérant de l'infraction[1831], il faut considérer qu'il n'est pas nécessaire que l'agent ait perçu cette circonstance[1832]. Tout au plus, la

---

[1826] TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°134. Dans le même sens, v. aussi : TPIR, jugement *Musema*, préc., n°206 ; TPIR, jugement Bagilishema, préc., n°94 ; TPIR, jugement *Seromba*, préc., n°360 ; TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°332 ; TPIR, jugement *Bagosora et consorts*, préc., n°2166 ; TPIR, jugement *Kajelijeli*, préc., n°880-881 ; TPIR, jugement *Muvunyi*, préc., n°516 ; TPIR, jugement *Muhimana*, préc., n°530 ; TPIR, jugement *Ntagurera et consorts*, préc., n°698.
[1827] Art. 7, al. 1 du Statut de Rome.
[1828] V. *supra*, n°56 et n°67.
[1829] V. not. : TPIY, arrêt *Kunarac et consorts*, préc., n°102 ; TPIY, jugement *Simić*, préc., n°45 ; TPIY, jugement *Haradinaj*, n°109 ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1125 ; CPI, jugement *Bemba*, préc., n°167 ; CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°1170. Les éléments de crimes le rappelent expressément : introduction de l'article 7, n°2 : « *Toutefois, le dernier élément ne doit pas être interprété comme exigeant qu'il soit prouvé que l'auteur avait connaissance de toutes les caractéristiques de l'attaque ou des détails précis du plan ou de la politique de l'État ou de l'organisation* ».
[1830] TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°657.
[1831] V. *supra*, n°370 et s.
[1832] A noter que la jurisprudence tient une position inverse, dès lors qu'elle retient que la massivité de l'attaque dirigée contre la population civile est un critère de qualification nécessaire du contexte du crime contre l'humanité.

connaissance de la massivité de l'attaque pourra être invoquée pour prouver que le participant avait bien cerné les tenants et aboutissants de l'action collective – l'étendue et de la systématicité des atteintes perpétrées corroborant l'existence d'un système oppresseur[1833] –, mais elle ne doit pas être conçue comme un critère *juridique* de l'intention requise. En somme, il faut simplement que l'agent ait assimilé qu'une population civile déterminée était soumise à un processus d'exclusion ou de destruction. Cela suffit, en effet, à considérer qu'il agissait en connaissance de cause, le fait qu'il ne soit pas avisé des modalités matérielles de réalisation de l'entreprise criminelle n'enlevant rien à sa compréhension des évènements auxquels il participe.

770. La preuve de la connaissance de l'entreprise d'ensemble. – Enfin, et pour en revenir à la preuve de la connaissance de l'existence de l'entreprise criminelle, la massivité des crimes perpétrés est loin de constituer le seul indice permettant d'établir que l'agent s'était correctement représenté la nature du contexte au sein duquel intervient son acte. De nombreux autres éléments de faits peuvent être pris en compte, tels que les circonstances historiques et politiques dans lesquelles se déroulent les exactions[1834]. L'existence de déclarations officielles ou de rapports publics émanant d'instances internationales et constatant, ou condamnant, la politique criminelle conduite devrait, par exemple, permettre de présumer la connaissance de l'accusé, en particulier lorsqu'il s'agit d'un dirigeant[1835]. De même, cette connaissance pourra vraisemblablement être inférée des communications publiques du régime en cause, et notamment de la propagande idéologique susceptible d'être diffusée. Mais cela suppose, toutefois, que l'organisation ait ouvertement exprimé ses ambitions criminelles, ce qui est assez illusoire. Toujours est-il qu'à défaut d'indices objectifs, la connaissance coupable pourra être établie sur le fondement de la situation personnelle de l'auteur. Les fonctions assumées ou le rang hiérarchique de l'agent, au sein de l'organisation criminelle, constituent, notamment, des éléments régulièrement exploités par la jurisprudence à cet effet. Par exemple, dans l'affaire *Kunarac et consorts*, les juges ont mis en avant le rôle important de l'accusé, qui établissait qu'il était *« bien informé et avait accès aux plus hauts échelons du commandement militaire*

Pour une décision récente où cette exigence est formulée, v. par ex : CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°1170 : « *This requirement will be satisfied if it is shown that the perpetrator was aware of the circumstances that established the widespread or systematic attack against a civilian population* ».

[1833] Pour une illustration, v. not. TPIR, jugement *Bagosora et consorts*, préc., n°2167.

[1834] TPIY, jugement *Blaškić*, préc., n°259.

[1835] A titre d'illustration, v. CPI, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, préc., n°88. La Cour a notamment déduit la conscience de la situation de l'accusé – qui était le Président de l'Etat du Soudan au moment des faits – du fait que « *de nombreux rapports de l'ONU, plusieurs résolutions du Conseil de sécurité et le rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour, qui font état de l'existence d'une attaque généralisée et systématique menée par les forces gouvernementales soudanaises contre la partie susmentionnée de la population civile du Darfour, ont été publiés au cours de la période considérée et ont été largement diffusés* ».

dans la zone »[1836], pour mieux en déduire « *qu'il savait de toute évidence que les autorités avaient l'intention de venir à bout des Musulmans par tous les moyens y compris criminels* »[1837].

771. Transition. – Si l'ensemble de ces considérations permet de préciser le contenu de la connaissance des faits requise, en matière de crime contre l'humanité, elles constituent, par ailleurs, un support utile à la définition prospective de cette condition, relativement au crime de génocide.

2- La connaissance factuelle de l'entreprise génocidaire

772. Reconnaissance de la condition. – Dès lors que l'existence d'une entreprise collective de destruction n'est pas conçue, en l'état actuel du droit positif, comme un critère du génocide, la condition de connaissance participative est sans objet. Il est ainsi parfaitement logique que ni les textes d'incrimination, ni la jurisprudence, n'érigent cet élément moral en condition du génocide. La perspective se renverse, néanmoins, si l'on considère que ce crime doit, comme les autres infractions, s'intégrer à la réalisation d'une *entreprise criminelle collective* : dans ces conditions, la connaissance de cette circonstance devient un critère *sine qua non* de l'intention coupable. Certains auteurs, qui préconisent pareillement la restructuration du crime de génocide, vont même jusqu'à considérer que cet état d'esprit devrait suffire à établir la culpabilité du participant : ils plaident pour que soit substituée, à l'approche actuelle de l'élément moral, fondée sur l'intention individuelle de destruction, une approche fondée sur la simple connaissance du but criminel collectif[1838]. Sans apprécier, à ce stade, la pertinence d'une telle proposition[1839], il convient de délimiter les contours de la condition de connaissance qu'implique ce nouveau schéma d'analyse du crime de génocide.

[1836] TPIY, jugement *Kunarac*, préc., n°581

[1837] *Ibid*. Pour d'autres exemples, issus de la jurisprudence rendues par les autres juridictions internationales pénales, v. not. : TPIR, jugement *Bagosora et consorts*, préc., n°2167 dans lequel la Chambre a estimé qu' « *en tant qu'officiers de haut rang de l'armée, les accusés auraient dû être parfaitement au fait de la situation qui prévalait tant au niveau national que dans les zones se trouvant sous leur contrôle* ». Pour la CPI, v. le jugement *Katanga*, préc., n°1166 dans lequel la Chambre établit la connaissance des auteurs des crimes sur le double fondement de leur appartenance à la milice conduisant l'entreprise criminelle et de leur participation à l'exécution de l'attaque.

[1838] De nombreux auteurs plaident en faveur d'une telle relecture de l'intention génocidaire. V. not. : A. K. A. GREENAWALT, « Rethinking Genocidal Intent : The Case for a Knowledge-Based Interpretation », préc. ; C. Kress, « The Crime of Genocide Under International Law », préc., p. 492 ; C. KRESS, « The darfur report and genocidal intent », préc., p. 576 ; A. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional : especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999, p. 259 (cité par, C. KRESS, *The darfur report and genocidal intent*, p. 567) ; H. VEST, « A structure-based concept of genocidal intent », préc. p. 789 et s. ; K. GOLDSMITH : « The issue of intent in the genocide Convention and its effect on the prevention and punishment of the crime of genocide : toward a knowledge-based approach », *Genocide Studies and Prevention : An International Journal*, Vol. 5, n°3, article 3 ; J. R.W. D. JONES « Whose intent is it anyway ? Genocide intent to destroy a group », préc., p. 479 ; K. AMBOS, « What does "intent to destroy" mean », préc., p. 846.

[1839] Cette proposition sera développée *infra*, n°827 et appréciée aux paragraphes suivants.

773. La connaissance du but poursuivi par l'entreprise criminelle. – La spécificité de l'entreprise génocidaire tenant, en premier lieu, à l'objectif qu'elle poursuit, à savoir la *destruction physique* d'une entité collective, la connaissance du participant devrait donc embrasser cette circonstance. Les auteurs plaidant en faveur d'une approche de l'intention génocidaire fondée sur la connaissance sont tous d'accord sur ce point[1840]. Ils s'opposent, en revanche, quant à la question de la représentation que l'agent doit se faire de ce but destructeur. D'aucuns estiment que les faits portés à sa connaissance doivent lui permettre de se figurer que la destruction du groupe était une conséquence *certaine* de la réalisation de l'entreprise[1841]. D'autres jugent qu'il suffit qu'il ait su qu'il s'agissait d'une *éventualité*[1842]. Dans la mesure où la survenance effective du résultat de destruction n'est pas une condition de la qualification du génocide, la première approche semble devoir être rejetée. Puisqu'au sens des textes, il suffit que l'anéantissement du groupe visé soit projeté, et non qu'il soit acquis, ce résultat n'existe, en définitive, qu'à l'état de virtualité. Exiger que l'auteur ait su que la destruction allait advenir de manière *certaine* apparaît dès lors en décalage avec la logique de *risque* à laquelle répond le génocide. Du reste, ce standard apparaît peu réaliste puisqu'il est *a priori* impossible de se préfigurer, avec certitude, la destruction du groupe pris pour cible[1843]. C'est en effet se placer au-dessus des contingences que de considérer que la mise à exécution de l'entreprise se soldera nécessairement par la dissipation de la collectivité visée. Aussi semble-t-il préférable d'adopter la seconde approche qui se satisfait, plus raisonnablement, d'une connaissance des faits établissant la survenance *probable* du résultat destructeur.

774. La connaissance de la cible de l'entreprise criminelle. – En deuxième lieu, il est nécessaire que l'auteur du crime sous-jacent se soit fait une exacte représentation du groupe ciblé par l'entreprise criminelle. À cet égard, la connaissance requise se dédouble. Étant donné que le génocide vise une victime collective, il faut, d'une part, que l'agent ait pu assimiler que la violence déployée ciblait, par-delà les individus directement atteints, le groupe qu'ils composent. C'est dire qu'il devra être établi qu'il disposait des informations lui permettant de se rendre compte que la cible ultime du système criminel était une communauté humaine, considérée comme une entité. D'autre part, parce que le crime de génocide protège exclusivement *certains* groupes humains minoritaires, à savoir des groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux[1844], la connaissance de l'agent doit également porter sur les éléments de faits établissant cette identité particulière de la communauté stigmatisée[1845].

[1840] V. les références citées *supra* à la note de bas de page n°1855.
[1841] H. VEST, « A Structure-Based Concept of Genocidal Intent », préc., p. 793.
[1842] C. KRESS, « The crime of genocide under international law », préc., p. 498 ; M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°501 ; K. AMBOS, « What does "intent to destroy" mean », préc., p. 842.
[1843] en ce sens : C. KRESS, « The crime of genocide under international law », préc., p. 498 ; M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°501 ; K. AMBOS, « What does "intent to destroy" mean », préc., p. 850
[1844] Art. 6 du Statut de Rome.
[1845] En ce sens : K. AMBOS, « Some preliminary reflections on the mens rea requirements of the crimes of the ICC Statute and of the Elements of crimes » in *Man's inhumanity to man. Essays on international law in honour of*

775. La connaissance des motifs de l'entreprise criminelle. – En troisième et dernier lieu, l'agent doit avoir perçu la logique discriminatoire à l'impulsion de l'entreprise de destruction. Car au-delà de l'identité objective des groupes atteints, ce sont les motifs présidant au processus d'extermination qui fondent la gravité suprême du génocide[1846]. Le groupe doit avoir été identifié comme cible, par le système criminel, *à raison* de ses caractéristiques identitaires ; il faut donc que cette circonstance soit connue du participant. À première vue, cette exigence peut sembler alourdir considérablement la charge de la preuve, et plus encore se poser en obstacle à l'engagement de la responsabilité des exécutants de l'entreprise de destruction car ceux-ci ne sont pas forcément informés de la ligne d'action criminelle dans ses moindres détails. Mais cette difficulté est à relativiser. Le plus souvent, la réalisation des massacres génocidaires est soutenue par de vastes campagnes de propagande et d'incitations publiques portant à l'anéantissement de la collectivité désignée, de sorte que les motifs de l'entreprise sont généralement notoires. Par ailleurs, et quand bien même ils n'auraient pas été *directement* ou *personnellement* avertis des considérations à l'origine de la marginalisation du groupe ciblé, la manière dont se concrétise le génocide, c'est-à-dire par l'extermination massive d'individus partageant une identité commune, induit que les raisons de la discrimination devraient le plus souvent être perçues par les individus impliqués dans la conduite de l'entreprise. La jurisprudence, d'ailleurs, le concède : « *en pratique, il est difficile d'imaginer un exemple où un accusé aurait, d'une manière ou d'une autre, une connaissance objective que ses actes étaient commis dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile, sans avoir la moindre idée des motifs (raciaux, religieux ou politiques) à l'origine de cette attaque* »[1847]. À cet égard, l'opération de qualification ne devrait donc pas être complexifiée outre mesure.

776. Indifférence à la connaissance des modalités d'exécution de l'entreprise. – Pour le reste, et comme pour les autres infractions, il n'est pas nécessaire que l'agent ait eu une connaissance approfondie du projet génocidaire et de la manière dont il est mis en œuvre[1848]. L'échelle territoriale des campagnes réalisées, la systématicité des atteintes perpétrées[1849], le

---

Antonio Cassese, La Haye, Kluwer Law international, coll. International law series, 2003, p. 16-17 ; M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°508-509.

[1846] V. *supra*, n°98.

[1847] TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, préc., n°218. Cette déclaration se rapporte à l'infraction sous-jacente de persécution du crime contre l'humanité, qui s'apparente au génocide de par sa nature discriminatoire. V. l'art. 7 al. 1, h) du Statut de Rome incriminant « *persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour* ».

[1848] V. à ce sujet : TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°94 où les juges souscrivent à l'idée, avancée par deux auteurs, qu'« *il n'est pas indispensable qu'une personne soit informée de tous les détails du plan ou de la politique génocide* ».

[1849] Si les éléments des crimes applicables au génocide font valoir une exigence de systématicité de l'attaque, dès lors qu'ils exigent le crime sous-jacent « *[se soit] inscrit dans le* cadre *d'une série manifeste de comportement analogues contre* [le] *groupe* » (s'il n'est pas de nature, en lui-même, à causer la destruction du groupe), il a été vu que cette exigence était dépourvue de bien-fondé et qu'il fallait, en conséquence, l'écarter des éléments

nombre de participants ou encore la quantité de victimes lésées ne sont pas des éléments déterminant la qualification du contexte de génocide de sorte, qu'ils n'ont pas à être connus de l'agent. Tout au plus, ces éléments objectifs pourront permettre d'établir la connaissance de l'existence de l'entreprise criminelle chez le participant.

777. Preuve de la connaissance. – Sur ce dernier point, c'est-à-dire en ce qui concerne l'administration de la preuve, on peut d'ores et déjà avancer que la caractérisation de la connaissance coupable devrait être assez simple à opérer. La jurisprudence n'a en effet qu'à reconduire le raisonnement qu'elle applique à la démonstration du dol spécial : si les présomptions auxquelles elle a recours ne suffisent pas à établir que l'agent entend *personnellement* détruire le groupe ciblé[1850], elles satisfont, en revanche, la preuve de sa connaissance de l'entreprise d'ensemble. « *Le contexte général de perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, que ces autres actes soient commis par le même agent ou par d'autres agents, l'échelle des atrocités commises, leur caractère général, dans une région ou un pays, ou encore le fait de délibérément et systématiquement choisir les victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, tout en excluant les membres des autres groupes* »[1851] – pour reprendre les facteurs généralement pris en compte – devraient effectivement permettre d'inférer la connaissance qu'avait le participant de l'existence de l'entreprise génocidaire. Par ailleurs, les déclarations publiques de l'organisation criminelle ou encore les responsabilités assumées par l'agent en son sein pourront, comme en matière de crime contre l'humanité, être utiles à la qualification d'un tel état d'esprit.

778. Transition. – La connaissance des circonstances établissant l'existence de l'entreprise d'ensemble est nécessaire, mais elle ne constitue qu'un prérequis : pour que la participation soit pleinement éclairée, encore faut-il que l'agent ait su que ces faits correspondaient aux prévisions d'un texte d'incrimination.

§2. La connaissance juridique de l'entreprise d'ensemble

779. La connaissance du droit : la théorie et la pratique. – La formation de la culpabilité suppose, en plus de la connaissance des faits, une connaissance du droit : à défaut,

---

qualifiants de l'infraction. Il s'ensuit que l'agent n'a pas à se représenter cette circonstance. Au reste, on peut noter qu'il n'a été associé aucun élément intentionnel particulier à cette condition objective, alors que tel est le cas s'agissant des circonstances contextuelles conditionnant les autres infractions internationales par nature. D'aucuns estiment, en conséquence, que cette condition constitue une condition juridictionnelle du génocide n'ayant aucun pendant subjectif : G. WERLE et F. JESSBERGER, *Principles of international criminal law*, *op. cit*., n° 504. C'est dire que ces auteurs reconnaissant la validité de cette condition contextuelle retiennent la systématicité de l'attaque n'a pas à être connue de l'agent.

[1850] Comp. *supra*, n°714.

[1851] TPIR, jugement *Akayesu*, préc., n°523. Pour un autre recensement des éléments de preuves admis, v. TPIY, arrêt *Jelisic*, préc., n°47.

l'agent ne peut être en mesure de déterminer que son comportement présentait un caractère criminel, ce qui le soustrait à tout reproche moral. Il s'ensuit que le participant doit savoir que l'entreprise à laquelle il associe son geste caractérise le contexte d'une infraction internationale. Cette condition doit donc être valorisée en théorie (A) et ce, même si sa portée pratique reste assez limitée compte tenu de la force des présomptions auxquelles elle est soumise (B).

A. Une condition nécessaire

780. Une exigence découlant du principe de culpabilité. – Conformément au principe de culpabilité, nul ne peut être tenu responsable d'un acte dont il ignorait le caractère punissable[1852]. La conscience que la situation contrevient au système de valeurs sur lequel est fondée la réaction pénale constitue, en effet, la pierre angulaire de la responsabilité pénale[1853]. Tous les systèmes juridiques libéraux s'accordent sur ce point[1854], et rien ne justifie que cette exigence soit écartée de la notion d'infraction internationale. « *Il faut par conséquent considérer en droit international pénal également la conscience d'illicéité comme partie intégrante de l'intention* »[1855], comme le relevait déjà, à l'aube de la justice pénale internationale, Stefan Glaser. Cette règle cardinale suppose que l'auteur du crime sous-jacent ait pu apprécier juridiquement l'existence de l'entreprise d'ensemble, même si cela ne va pas jusqu'à impliquer qu'il ait su donner leur exacte qualification aux faits en cause. Il faut, simplement, qu'il ait compris que la situation contextuelle était de nature à conférer à son action la valeur d'une infraction internationale.

781. Une exigence implicite dans le statut de Rome. – Si ce précepte a pu être formulé par les tribunaux militaires lors des procès de l'après-guerre – « *Pour engager la responsabilité pénale d'un individu, il doit y avoir violation d'une obligation morale fixée par le droit international, un acte personnel réalisé volontairement et en connaissance de son caractère criminel en vertu de la loi internationale* »[1856] –, le Statut de Rome ne lui fait pas vraiment écho. La condition de connaissance y est en effet présentée comme la « *[conscience] qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des*

[1852] Ainsi la doctrine définit-elle, majoritairement, l'intention coupable (dol général) comme la volonté de commettre un acte *que l'on sait défendu par la loi*. Les formulations varient selon les auteurs, mais le principe avancé reste le même : E. GARÇON, *Code pénal annoté*, *op. cit.*, n°77 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal général*, *op. cit.*, n°579 ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°201 ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°382 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°225-226 ; F. DESPORTES et F. LE GUHENEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°471 ; *B. Bouloc, Droit pénal général*, *op. cit.*, n°285 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°287.

[1853] R. SICURELLA, « Le principe *nulla pœna sine culpa* dans le Statut de la Cour Pénale Internationale » in *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, », dir. M. Chiavario,Milano, Giuffrè, 2003, pp. 283-284.

[1854] J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, n°67.

[1855] S. GLASER, « Culpabilité en droit international pénal », préc., p. 500.

[1856] *USA c. William Von Leeb and others*, « The high command case », préc., p. 510 : « *For a defendant to be held criminally responsible, there must be . a breach of some moral obligation fixed by international law, a personal act voluntarily done with knowledge of its inherent criminality under international law* » (traduction libre).

évènements »[1857], ce qui la réduit *a priori* à une simple représentation factuelle de la situation. Mais le Statut de Rome prévoit, toutefois, qu'« *une erreur de droit peut être un motif d'exonération de la responsabilité pénale si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime* »[1858]. Affecter une fonction exonératoire à l'erreur de droit signifie, implicitement, que la connaissance du droit fait partie intégrante de l'intention coupable ; dans le cas contraire, une méprise de cet ordre n'aurait aucune incidence sur la formation de l'élément psychologique du crime.

782. Exceptions ponctuelles. – Cette valeur de condition générale que l'on peut reconnaître à la connaissance du droit est néanmoins entamée par certaines dispositions dérogatoires des éléments des crimes. Des exceptions ponctuelles à cette exigence sont prévues, et plusieurs d'entre elles se rapportent à la dimension participative de la *mens rea* : il en ressort qu'il n'est pas nécessaire, aux fins de la qualification de certaines infractions internationales, que l'agent se soit livré à une exacte appréciation juridique de la situation dans laquelle s'inscrit son comportement pour que sa culpabilité soit établie.

783. Exclusion de l'exigence pour le crime d'agression. – Le crime d'agression est la première infraction concernée par ces exceptions. En théorie, le principe de culpabilité voudrait que le dirigeant ait su que les opérations armées en cause présentaient un caractère répréhensible. Les éléments de crimes écartent cette explicitement cette condition lorsqu'ils énoncent qu'« *il n'est pas nécessaire de prouver que l'auteur a évalué, en droit, la question de savoir si le recours à la force armée était incompatible avec la Charte des Nations Unies* »[1859] et qu'« *il n'est pas nécessaire de prouver que l'auteur a évalué, en droit, le caractère "manifeste" de la violation de la Charte des Nations Unies* »[1860]. Ce tempérament a été intégré pour éviter que les dirigeants ne se prévalent de leur méconnaissance des dispositions de la Charte des Nations Unies, et donc d'une erreur de droit, pour échapper à leur responsabilité pénale. De l'avis général, exiger une connaissance de l'illégalité de l'entreprise armée conduite par l'État « *pourrait encourager un auteur potentiel à fermer délibérément les yeux sur la légalité de ses actes ou à faire fond sur des avis douteux appuyant la légalité des actes de l'État même s'il s'avère par la suite que ces avis étaient incorrects* »[1861]. Aussi a-t-il été jugé préférable de retrancher purement et simplement la connaissance de l'illicéité de l'entreprise de l'intention requise pour la constitution du crime d'agression. Cette dérogation est contestable. En effet, si le participant ne sait pas que l'emploi de la force est agressif et injuste, il ne saurait se rendre compte du caractère punissable de son comportement. Cette prévision neutralise la dimension

[1857] Art. 30 al. 3 du Statut de Rome.
[1858] Art. 32 al. 2 du Statut de Rome.
[1859] *Éléments des crimes*, art. 8 *bis*, introduction, élément n°2.
[1860] *Éléments des crimes*, art. 8 *bis*, introduction, élément n°4.
[1861] CPI, Assemblée des États Parties, *Réunion informelle intersessions concernant le crime d'agression organisée au Princeton Club*, New York, ICC-ASP/8/INF.2, 10 juil. 2009, p. 18, n°18.

morale de la responsabilité pénale pour en faire une responsabilité purement objective puisque peu importe, en définitive, que l'agent ait intégré que son comportement était pénalement répréhensible au moment où il s'est livré à sa commission. En somme, le seul fait qu'il ait participé à organiser l'entreprise d'agression armée, au plan matériel, suffit à le déclarer coupable de crime d'agression. Cette règle n'est pas satisfaisante. Elle enfreint le principe d'intentionnalité des infractions internationales en éludant la dimension subjective de la participation à l'entreprise. L'évaluation juridique de l'acte d'agression armée devrait donc figurer parmi les conditions psychologiques requises.

784. Exclusion de l'exigence pour le crime de guerre. – Les éléments de crimes prévoient la même dérogation pour le crime de guerre : il n'est pas nécessaire que l'agent ait évalué l'existence d'un conflit armé ou qu'il en ait déterminé la nature sur le plan juridique[1862]. Certes, la situation est différente de celle du crime d'agression étant donné que les actes sous-jacents qui le consomment sont, en tant que tels, constitutifs d'infractions de droit commun : on peut prendre pour exemple les infractions d'homicide intentionnel[1863] ou de torture[1864]. Autrement dit, les comportements sous-jacents présentent un caractère criminel intrinsèque, indépendamment de leur rattachement au contexte. Ainsi, ne pas savoir qu'un conflit armé existe sur le plan juridique n'empêche pas l'agent de se rendre compte que son comportement est répréhensible : qu'il ait assimilé ou non qu'un conflit armé existait, l'agent qui commet un meurtre sait le caractère criminel de son action. D'aucuns pourraient alors estimer que la prévision des éléments de crimes établissant qu'il est indifférent que l'auteur ait évalué l'existence d'un conflit armé sur le plan juridique n'emporte pas d'entorse au principe de culpabilité, dès lors que celui-ci est en mesure de se figurer l'illicéité de son comportement même s'il n'a assimilé qu'il existait un conflit armé sur le plan juridique. Il reste que la culpabilité de l'agent est alors conçue en lien avec un interdit pénal qui ne correspond pas à celui fondant le crime de guerre. Sur le plan axiologique, cette dernière infraction ne peut pas être mise sur le même pied qu'un crime de droit commun. Elle relève d'une catégorie de crimes empreints d'une gravité supérieure – les « *crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale* »[1865] –, gravité qui justifie, au demeurant, le caractère exorbitant et, surtout, plus sévère, du régime juridique qui leur est appliqué[1866]. Le contexte de conflit armé

[1862] *Eléments des crimes*, art. 8, introduction, al. a).
[1863] V. not. l'article 8 al. 2, a, i) du Statut de Rome, qui incrimine l'homicide intentionnel lorsqu'il est commis à l'encontre d'une personne protégée par les Conventions de Genève.
[1864] V. not. l'article 8 al. 2, a, i) du Statut de Rome, qui incrimine la torture, lorsqu'elle est commis à l'encontre d'une personne protégée par les Conventions de Genève.
[1865] Préambule du Statut de Rome, al. 4.
[1866] Par exemple, on peut relever que les immunités procédurales classiquement attachées à la qualité officielle d'une personne ne produisent aucun effet devant la Cour pénale internationale, conformément aux prévisions de l'article 27 du Statut de Rome. De même, les infractions internationales sont soustraites à la prescription de l'action publique en vertu de l'article 29 du Statut de Rome. Cette exception à la règle est également prévue dans le droit français, mais uniquement pour ce qui concerne le génocide et le crime contre l'humanité : v. C. proc. pén., art. 7, dernier alinéa. Pour ce qui concerne les infractions relevant du droit de la guerre, la prescription n'est pas

constituant l'élément déterminant de la catégorisation du crime de droit commun en crime international, il est nécessaire que ce cadre juridique soit intégré par l'agent. Car si ce dernier n'évalue pas l'existence d'un conflit armé au plan juridique, il ne peut avoir conscience de la nature internationale de son comportement et donc de la gravité particulière qui lui est attachée, de sorte que le reproche qui lui est adressé n'est pas à la mesure de sa mentalité criminelle. L'évaluation juridique de la nature du conflit armé est ainsi fondamentale et devrait être intégrée aux conditions de l'intention participative.

785. Exigence implicite du crime contre l'humanité. – En somme, il n'est guère que le crime contre l'humanité qui paraisse soumis à la condition que l'agent se soit représenté l'illicéité de la situation contextuelle. En effet, cette exigence se déduit de l'article 30 du Statut de Rome et aucune prévision des textes d'incrimination voire des éléments des crimes ne vient y déroger.

786. Transition. – On ne peut que regretter que les infractions s'intégrant à une entreprise martiale soient soumises à un autre traitement. L'entorse emportée au principe de culpabilité est en effet contestable, d'autant plus que la visée répressive qui la sous-tend est en réalité dépourvue d'objet, la connaissance du droit faisant l'objet d'une présomption dans la pratique.

B. Une condition présumée

787. Présomption classique de connaissance de l'interdit pénal. – Aussi importante soit-elle, l'exigence de connaissance de l'illicéité de l'entreprise d'ensemble n'est jamais recherchée au stade de la caractérisation de l'intention, car elle est présumée sur le fondement de l'adage *nul n'est censé ignorer la loi*. Tous les systèmes juridiques admettent cette règle[1867]. D'une part, parce qu'elle est indispensable au bon fonctionnement de l'ordre juridique répressif[1868]. Les incriminations seraient sans effet si tout individu pouvait arguer de leur méconnaissance pour se disculper. D'autre part, parce qu'elle est une contrepartie légitime du principe de légalité criminelle. Le législateur étant soumis à une obligation de clarté dans la rédaction des incriminations afin qu'elles soient accessibles et prévisibles, tout citoyen est en

neutralisée, mais les délais sont allongés. En principe acquise passé un délai de vingt ans, l'action publique se prescrit à l'issue d'un délai de trente ans pour les crimes de guerre : V. C. proc. pén., art. 7, al. 2. Pour les délits de guerre, le délai de prescription est de vingt ans, par exception au délai commun de six ans : C. proc. pén., art. 8, dernier alinéa. A noter, par ailleurs, que le droit français soumet également la prescription de la peine à des dérogations en matière d'infraction internationales. En vertu de l'article 133-2 du C. pén., les peines prononcées du chef de crime contre l'humanité ou génocide sont imprescriptibles. Pour ce qui concernes les infractions au droit de la guerre, le délai de prescription de la peine est allongé à trente ans, par dérogation au délai de droit commun de vingt ans, pour les crimes (C. pén., art. 133-2, al. 2) et porté à vingt ans, au lieu de six, pour ce qui concerne les délits (C. pén., art. 133-3, al. 2).

[1867] J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit*., n°118.

[1868] Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°397.

mesure de connaître les interdits pénaux. Son ignorance de l'interdit pénal démontre ainsi, par elle-même, une faute de négligence dans ce devoir d'information juridique qui pèse sur tous les citoyens, faute exclusive de toute bonne foi[1869]. Il est vrai que la présomption n'est pas absolue. Compte tenu de la multiplication des textes et de leur spécialisation, la majorité des systèmes juridiques admettent qu'elle puisse être exceptionnellement renversée si l'erreur de l'agent s'est révélée inévitable[1870]. L'admission de cette cause d'exonération est néanmoins enserrée dans de très strictes conditions quelles que soient les législations, si bien que sa portée est en réalité assez limitée. Ainsi, la présomption de connaissance de la loi pénale, et partant la connaissance du caractère répréhensible de tout comportement y contrevenant, conserve une valeur quasi absolue en dépit de la reconnaissance de l'erreur de droit.

788. Présomption irréfragable de connaissance de l'interdit pénal international. – Cette présomption de connaissance de la loi s'impose avec d'autant plus de force en droit international pénal. Tout individu est réputé connaître l'interdit fondateur des infractions internationales et, par conséquent, saisir leur caractère répréhensible. D'abord, parce que ces infractions, réputées parmi les plus graves existantes de par l'atteinte qu'elles portent aux « *fondements de la société internationale elle-même* »[1871], relèvent sans conteste de la criminalité *naturelle*, c'est-à-dire des « *infractions dont chacun perçoit, par les seules indications de sa conscience, le caractère répréhensible* »[1872]. Les juges du tribunal militaire américain l'ont d'ailleurs clairement relevé dans l'affaire *The Ministries case* : « *Celui qui s'associe ou exécute, aide ou assiste à la commission de telles infractions en tant qu'auteur ou complice ne peut valablement avancer qu'il ne savait pas que de tels actes étaient criminels. Les mesures qui conduisent au meurtre, aux mauvais traitements, à l'esclavage et à d'autres actes inhumains contre les prisonniers de guerre, à la déportation, à l'extermination, à l'esclavage et à la persécution pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, au pillage et à la spoliation de biens publics et privés sont des actes qui révoltent la conscience de tout être humain digne de ce nom. Ces actes sont criminels* en soi »[1873]. Ensuite, et plus techniquement, parce que la pénalisation de telles entreprises dispose d'une assise juridique désormais bien établie. Depuis Nuremberg, il est en effet notoire que les actes participants de leur réalisation

---

[1869] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *Droit pénal général, op. cit*., n°583.
[1870] J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit*., n°119.
[1871] C. LOMBOIS, *Droit international pénal*, *op. cit*., n°33.
[1872] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *Droit pénal général, op. cit*., n°582. On oppose la criminalité *naturelle* à la criminalité dite *artificielle* ou *accessoire*. Moins vouée à préserver la société qu'à assurer son organisation, les infractions relevant de la criminalité artificielle sont dotées d'un contenu qui varie selon les contingences politiques ; à leur égard, la présomption de connaissance de droit ne s'impose donc pas avec autant de force.
[1873] *USA c. Ernst von Weizsäcker and others*, « The Ministries case », préc., p. 339 : « *He who knowingly joined or imple- mented, aided, or abetted in their commission as principal or accessory cannot be heard to say that he did not know the acts in question were criminal. Measures which result in murder, ill-treatment, enslavement, and other inhumane acts perpetrated on prisoners of war, deportation, extermination, enslavement, and persecution on political, racial, and religious grounds, and plunder and spoliation of public and private property are acts which shock the conscience of every decent man. These are criminals* per se » (traduction libre).

constituent des crimes internationaux. En outre, de nombreuses Conventions sont venues, par la suite, proclamer leur condamnation universelle : la Charte des Nations Unies[1874], la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité[1875], la Convention sur le génocide[1876]. Mais c'est, surtout, dans les textes d'incriminations successifs de ces infractions, portés par les statuts des juridictions pénales internationales et largement transposés dans les législations nationales, que l'interdit pénal international trouve un solide ancrage.

789. Irrecevabilité de l'erreur sur l'illicéité de l'entreprise d'ensemble. – Au regard de ces considérations, nul ne semble donc pouvoir légitimement prétendre avoir ignoré que l'entreprise à laquelle il s'associe est illicite. En toutes circonstances, le participant est réputé avoir conscience de l'illicéité de son comportement, chacun étant à même de saisir que de telles entreprises sont porteuses d'atteintes aux valeurs sociales les plus fondamentales, et donc, qu'elles contreviennent aux règles minimales d'humanité.

790. Irrecevabilité de l'erreur sur l'illicéité de l'entreprise criminelle contre l'humanité et de l'entreprise génocidaire. – Cette présomption se vérifie pour chaque infraction internationale par nature mais sans doute est-elle s'impose-t-elle avec une force particulière s'agissant du crime contre l'humanité et du génocide. L'objet des politiques considérées induit en effet que tout individu sait, par sa compréhension intuitive, des évènements que de telles entreprises sont par nature criminelles. Cette idée est d'ailleurs confortée par les dispositions statutaires relatives à l'ordre hiérarchique, en tant que moyen de défense. L'admission de ce fait justificatif est soumise à la vérification de trois conditions, parmi lesquelles figure l'absence d'illégalité manifeste de l'acte[1877]. Or, ce même texte énonce, en suivant, que l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal[1878]. Ce tempérament, qui se pose en obstacle à tout moyen de défense portant sur la méconnaissance du caractère répréhensible de ces infractions, confirme ainsi que leur nature criminelle ne peut être ignorée.

791. Irrecevabilité de l'erreur sur l'illicéité de l'entreprise d'agression armée. – En ce qui concerne, ensuite, le crime d'agression, la présomption de connaissance du caractère répréhensible de l'entreprise est affermie par les conditions mêmes de l'infraction. Le caractère attitré de l'infraction implique, en effet, que seuls les chefs étatiques peuvent en être auteurs.

[1874] Voir l'article 2§4 de la Charte de l'Organisation des Nations Unies du 26 juin 1945 qui pose le principe de l'interdiction du recours à la force armée dans le cadre des relations internationales.
[1875] Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968. Son préambule énonce que « *les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité comptent au nombre des crimes de droit international les plus graves* ».
[1876] Convention pour la prévention et la répression du génocide du 9 décembre 1948, Préambule.
[1877] Art. 33 al. 1, c) du Statut de Rome.
[1878] Art. 33 al. 2 du Statut de Rome.

Or, plus que quiconque, les dirigeants sont censés connaître les normes régissant la conduite des affaires politiques ou militaires. La CPI a d'ailleurs opposé un tel raisonnement à la défense dans l'affaire *Lubanga*. Rappelant que l'État que dirigeait l'accusé était partie à diverses conventions internationales établissant l'illégalité du comportement en cause[1879] – l'enrôlement d'enfants – et qu'il avait ratifié le statut de la Cour pénale internationale, la chambre considéra que le caractère répréhensible de ses agissements ne pouvait lui avoir échappé[1880]. Du reste, l'incrimination du crime d'agression limite le champ de l'infraction aux participations à un emploi de la force armée constituant une violation « *manifeste* »[1881] de la Charte des Nations Unies. Par définition, l'illicéité de l'acte d'agression doit donc présenter un caractère flagrant, si bien qu'il apparaît impossible de se prévaloir d'une méprise légitime sur le caractère illicite des opérations armées en cause. Dans ces conditions, aucun dirigeant ne pourra vraisemblablement se prévaloir d'une erreur sur la nature criminelle de sa participation à l'agression. Comme avaient pu l'affirmer les juges de Nuremberg, il va de soi que « *l'agresseur sait le caractère odieux de son action* »[1882] ; ceux de la CPI parviendront, sans aucun doute, à la même conclusion.

792. Irrecevabilité relative de l'erreur sur l'illicéité de la participation à l'entreprise martiale. – En ce qui concerne, pour finir, le crime de guerre, la question de la connaissance du droit se pose il est vrai en des termes différents puisque tout fait de participation à l'entreprise martiale n'est pas illicite ; seuls le sont ceux qui présentent un caractère injuste. On pourrait dès lors considérer que la représentation de l'interdit pénal va moins de soi, puisque cela implique une connaissance précise de la réglementation applicable aux conflits armés. Pour autant, l'erreur de droit n'en est pas plus facilement admise. La jurisprudence de la CPI a expressément ce moyen de défense dans l'affaire *Lubanga*, en s'appuyant sur l'accessibilité et la prévisibilité de l'interdit pénal : selon elle, la préexistence de l'interdit pénal, la clarté de la disposition en cause ainsi que sur son caractère écrit impliquait que l'accusé ne pouvait avoir ignoré le caractère criminel de sa conduite[1883]. Il est vrai que l'applicabilité de l'erreur de droit au crime de guerre n'a pas été catégoriquement exclue. Néanmoins, son domaine a été réduit à une erreur sur « *la signification sociale* » du

[1879] L'infraction alléguée était le crime de guerre d'enrôlement d'enfants soldats. Même si le débat ne portait pas sur le crime d'agression, le raisonnement semble toutefois transposable au crime d'agression puisse qu'il repose essentiellement sur la prise en compte de la qualité de dirigeant de l'accusé, qui est une condition du crime d'agression.
[1880] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Lubanga*, préc., n°307-314.
[1881] Art. 8 *bis* al. 1 du Statut de Rome.
[1882] *Procès des grands criminels de guerre*, préc., p. 231.
[1883] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Lubanga*, préc., n°303-304. Dans le même sens, v. TPIY, jugement *Delalić et consorts*., préc., n°374 dans lequel l'erreur de droit excipée par la défense, relative à la méconnaissance de l'illégalité de la détention de personnes dans le camp de Čelebići, a été rejetée. V. aussi, pour un raisonnement similaire devant la CEDH, *Kononov c. Lettonie*, n°36376/04, 17 mai 2010, n°234-239 où la CEDH admet que l'illicéité des crimes de guerre ne peut être ignorée compte tenu du nombre d'instruments internationaux proclamant leur interdiction.

comportement incriminé, c'est-à-dire sur son sens courant[1884]. En d'autres termes, seule la mésinterprétation des éléments de définition du crime semble pouvoir présenter une fonction exonératoire. Il conviendrait donc de distinguer l'ignorance du caractère criminel de l'infraction, dépourvue de pertinence, de la mauvaise représentation de ses éléments matériels qui pourrait quant à elle présenter une fonction exonératoire[1885]. Il demeure toutefois assez peu probable qu'un tel moyen de défense, la plupart des incriminations de guerre n'étant sujettes à interprétation. En tout état de cause, dans l'affaire *Lubanga*, la CPI a refusé de prendre en considération l'erreur de droit allégué[1886] ; et on peut noter, au demeurant, que cette cause d'exonération n'a jamais été admise par les juridictions pénales internationales dans le cadre d'un procès de crime de guerre, ni, d'ailleurs, dans aucun autre procès portant sur une infraction internationale par nature.

793. Conclusion de la Section 1. – À l'issue de cette étude, d'aucuns pourront s'interroger : subordonner l'élément moral des infractions internationales à la connaissance du caractère répréhensible de l'entreprise d'ensemble présente-t-il un intérêt si cet élément est en toutes circonstances présumé ? La réponse est affirmative, la règle théorique devant être distinguée de son application pratique. La présomption appliquée n'est pas autre chose qu'un mode de preuve, une technique d'appréciation judiciaire, utilisée pour établir la réalité d'un élément juridique donné. Si elle a, ici, pour effet utile d'automatiser la démonstration de la connaissance de l'illicéité du fait de participation, elle ne remet pas en cause l'importance de cette condition sur le plan notionnel. Le principe de culpabilité commande de vérifier que l'agent avait pleinement connaissance des éléments faisant de ses actes un crime, ce qui suppose qu'il ait perçu les circonstances matérialisant l'infraction, mais également qu'il ait su qu'elles coïncidaient avec les prévisions d'un texte d'incrimination. Le système international pénal, qui ne valorise que le premier de ces éléments, à savoir la connaissance des faits établissant l'existence de l'entreprise contextuelle, en évinçant, dans la majeure partie des cas, l'appréciation juridique de ladite entreprise des éléments psychologiques requis, remet en cause la dimension subjective de la responsabilité pénale qui tend, alors, à verser dans une responsabilité purement objective.

794. Transition. – En tout état de cause, si la connaissance de la situation contextuelle, au plan factuel et juridique, apparaît comme une condition nécessaire du dol général participatif, elle n'en est pas une condition suffisante. La participation à l'entreprise d'ensemble doit certes être éclairée, mais, aussi, être volontaire.

[1884] CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Lubanga*, préc., n°316.
[1885] A. MARIE, « Article 32. Erreur de fait ou erreur de droit », *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article*, Dir. J. Fernandez, X. Pacreau, M. Ubeda-Saillard, Paris, Pedone, p. 1174.
[1886] *Ibid*., n°317.

Section 2. La volonté de prendre part à l'entreprise d'ensemble

795. La condition de volonté. – L'intention coupable n'est pas réductible à une simple connaissance de l'interdit pénal. Elle resterait alors statique. Or il faut qu'elle ait été mise en mouvement, précisément qu'elle ait été tendue vers cet interdit pour que la culpabilité de l'agent puisse être établie. Telle est l'essence de la condition de volonté infractionnelle : elle désigne cet état psychologique consistant à projeter, sur la norme pénale, une détermination contraire[1887].

796. La condition de volonté dans les infractions en participation. – En règle générale, l'application de cette définition à la détermination du dol général d'une infraction ne pose pas de difficultés. L'intention s'analyse, simplement, en une tension de la volonté vers la commission de l'attitude incriminée. Ainsi, par exemple, la constitution du meurtre suppose que l'agent ait entendu réaliser les éléments constitutifs du crime, c'est-à-dire qu'il s'est délibérément livré à un fait homicide et qu'il ait entendu, par-là, causer la mort d'autrui. Il peut être plus complexe, en revanche, d'identifier la teneur de la volonté infractionnelle dans les infractions collectives impliquant l'action combinée de plusieurs auteurs. Dans ce cas de figure, la volonté coupable se dédouble : elle doit embrasser le fait dans sa dimension *individuelle* et dans sa dimension *participative*. Cette dernière condition est essentielle. Elle marque en effet la spécificité de la psychologie coupable des auteurs des infractions internationales. Pour autant, cette exigence théorique n'est pas mise en avant par le droit international pénal, ce qui appelle certaines critiques. Mais pour pouvoir apprécier pleinement le traitement juridique de la volonté participative (§2), encore faut-il s'attacher à la définir au préalable (§1).

§1. La définition de la volonté participative

797. Détermination de l'objet de la volonté participative. – Étant admis que l'élément moral d'une infraction n'est que le reflet de son élément matériel, l'intention s'entend d'une tension de la volonté vers la conduite incriminée. La structure de l'infraction internationale par nature peut toutefois perturber la détermination de cette volonté coupable car elle peut porter à considérer que l'agent doit, par conséquent, entendre réaliser le projet collectif fondant le contexte infractionnel, ce qui reviendrait à rétablir le critère d'adhésion au dessein d'ensemble qui a pourtant été écarté. En réalité, cette représentation intuitive de la volonté coupable repose sur un raccourci qu'il faut se garder d'effectuer. En effet, comme démontré précédemment, le projet d'ensemble n'est pas un élément *constitutif* du comportement infractionnel, mais une composante de son élément *contextuel*[1888]. Aussi est-il parfaitement logique que la volonté coupable n'ait pas à embrasser cet élément. Dans ce schéma, le but poursuivi par l'auteur n'est finalement rien d'autre qu'un mobile, dont l'indifférence est de

[1887] Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°228.
[1888] V. *supra*, n°639.

principe en droit pénal ; il est donc naturel qu'il s'agisse d'un élément psychologique surabondant. En réalité, l'auteur doit simplement projeter sa détermination sur la commission de l'action consommant l'infraction internationale, soit, en l'occurrence, un fait de participation à l'entreprise d'ensemble. C'est dire que l'intention de l'agent ne doit pas être dirigée vers la réalisation du but de l'entreprise, mais vers *la collaboration* à l'entreprise. Ainsi, il faut uniquement vérifier qu'il a entendu associer son geste à la mise en œuvre du projet d'ensemble, sans égard pour ses motivations. Concrètement, l'agent peut tout aussi bien être animé du désir profond de voir le projet d'ensemble se réaliser qu'agir par pure opportunité, en entendant profiter du climat d'impunité généré par la situation contextuelle. En somme, moins qu'une adhésion à la ligne d'action collective, c'est l'accord manifesté, par l'auteur, à coopérer avec l'entreprise d'ensemble qui doit constituer le critère de la volonté coupable dans la notion d'infraction internationale.

798. Identification du critère de la volonté participative. – Ce critère rejoint la grille de lecture classiquement appliquée à l'élément moral des infractions en participation. Il est en effet acquis que le seuil de l'intention coupable se situe dans ce domaine au « *consentement participatif* »[1889] exprimé par l'auteur : « *quelle que soit la forme de l'entreprise criminelle : simple "connivence" ou véritable "organisation", l'acte du participant comprend un élément moral particulier, qui réside dans l'intention de s'associer au geste d'autrui* »[1890]. Autrement dit, « *tout participant doit avoir, d'une façon ou d'une autre, manifesté son accord avec l'infraction et exprimé la volonté d'y participer* »[1891].

799. Figures du consentement participatif. – Il reste que ce critère peut se révéler difficile à mettre en œuvre s'agissant des infractions internationales. Selon toute vraisemblance, le consentement à s'associer à l'action collective devrait en effet rarement trouver une formalisation si bien qu'il faudra le déduire des circonstances matérielles de commission de l'infraction. À cet égard, le Statut de Rome fournit certaines clefs d'analyse lorsqu'il définit la volonté coupable par référence à deux types de résolution, suivant la distinction entre le dol direct de premier degré et le dol direct de second degré retenue dans la *common law*[1892]. Il en ressort que l'intention peut, d'une part, être caractérisée par une *tension positive* de la volonté vers le comportement incriminé, ce qui correspond à la situation dans laquelle l'agent entend pleinement contribuer à la réalisation de l'entreprise. Le consentement collaboratif est alors explicite et son établissement ne pose pas de réelles difficultés. D'autre part, le Statut de Rome admet que la volonté coupable peut être inférée de la conscience de la survenance certaine d'un

[1889] Ce concept a été dégagé par X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préf. P. Maistre du Chambon, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 36, 2002, , n°269.
[1890] *Ibid*., n°274.
[1891] *Ibid*.
[1892] Art. 30 al. 2 du Statut de Rome.

résultat[1893]. C'est alors envisager l'hypothèse d'une *tension oblique* de la volonté, au sens où l'agent ne cherche pas positivement à contribuer à l'entreprise d'ensemble, mais accepte toutefois qu'il en soit ainsi en persistant dans son action, en totale connaissance de cause.

Pour aussi séduisante qu'elle soit, cette grille de lecture fournie par le Statut de Rome est néanmoins sujette à caution. Celle-ci a en effet été pensée en contemplation de la criminalité de droit commun et ne paraît pas parfaitement adaptée à la systématisation de l'élément moral des infractions internationales. Le problème tient essentiellement à l'admission de la volonté oblique. L'envergure de l'entreprise et la diversité des rôles que peuvent y jouer les différents participants semblent susceptibles de fausser son appréciation, du moins quand l'agent entretient une certaine distance avec l'organisation martiale ou criminelle.

800. Situation des dirigeants. – Eu égard aux organisateurs de l'entreprise, l'admission de cette double figure de la volonté coupable ne pose pas de difficultés car les actes caractérisant leur participation criminelle apparaissent suffisamment univoques pour que l'on puisse déduire leur volonté de s'associer à l'entreprise, à partir de leur conscience de la situation infractionnelle. Cette catégorie d'agissements est en effet indissociable de la réalisation de l'entreprise d'ensemble, au sens où le caractère criminel du fait d'organisation ne tient pas à sa nature intrinsèque mais à l'objet auquel il se rapporte, en l'occurrence la mise en œuvre du projet illicite. Aussi, le comportement infractionnel considéré ne peut être conçu autrement qu'en lien avec l'entreprise dans laquelle il s'insère et la volonté coupable associée présente logiquement la même unicité. Dans ce cas la présomption consistant à déduire la volonté coupable de la conscience de la situation infractionnelle paraît effectivement admissible : l'agent qui sait contribuer à l'organisation de l'entreprise et qui persévère dans son action manifeste, nécessairement, un consentement participatif ; sinon, il s'abstiendrait.

801. Situation des exécutants. – Il en va toutefois autrement des exécutants dans la mesure où la volonté infractionnelle se dédouble en une volonté du fait sous-jacent et une volonté du fait de participation. Or, ces deux parts de volonté coupable sont indépendantes : l'une n'implique pas forcément l'autre. Elles se superposent. Ainsi, tout en ayant conscience que son action cadre avec l'action d'ensemble, l'agent peut très bien persister dans sa démarche criminelle, mais uniquement parce qu'il entend mener à bien son forfait individuel, sans que cela n'induise, forcément, qu'il incline à jouer un rôle dans la réalisation de l'entreprise d'ensemble.

Si l'on songe, par exemple, à la situation d'un individu A, déterminé à tuer un individu B, son concurrent commercial, pour améliorer la situation financière de sa société. A sait que B est membre d'une communauté religieuse donnée. Il sait, également, que sévit une politique d'extermination à l'encontre de ladite communauté – autrement dit une politique de génocide

[1893] Art. 30 al. 2, b) du Statut de Rome.

–. Ayant pleinement intégré ces deux données, A aura perçu que le meurtre de B qu'il projette concourt à l'accomplissement de la campagne génocidaire. De là à déduire de son passage à l'acte une volonté de s'associer à l'entreprise d'ensemble, il y a toutefois un pas qui, semble-t-il, ne doit pas être franchi. Dans les faits, celui-ci pourrait tout aussi bien consentir à favoriser la campagne criminelle, que considérer avec indifférence ce rapport fonctionnel, voire espérer qu'il soit nul. Or, dans ces deux dernières hypothèses, aucune volonté de s'associer à l'entreprise d'ensemble ne semble caractérisée. La résolution de l'auteur du crime sous-jacent est neutre au regard de cette circonstance, si bien qu'il apparaît impossible de considérer que ce dernier a *« manifesté son accord avec l'infraction et exprimé la volonté d'y participer »*[1894] quand bien même il était conscient que son action coïncidait avec l'objet de l'entreprise d'ensemble.

802. Absence d'équivalence parfaite de la conscience et de la volonté participatives. – Cela ne signifie pas que la caractérisation de la volonté participative à partir de la conscience infractionnelle de l'agent n'est jamais admissible ; seulement, ces cas particuliers montrent que ces deux états d'esprit ne sont pas équivalents en toutes circonstances. Ainsi, il faut s'attacher à vérifier soigneusement l'existence d'un consentement participatif, chez l'auteur du fait sous-jacent, à la lumière des circonstances de chaque espèce. Chaque fois que l'accord à la collaboration avec l'entreprise d'ensemble de l'agent peut être valablement inféré de sa conscience de la situation, sa participation peut être déclarée coupable. En revanche, dans tous les cas où la connaissance du projet d'ensemble ne suffit pas à présumer la pleine et entière résolution de l'auteur à associer son geste à l'entreprise, ce qui pourrait notamment arriver si ce dernier intervient en marge du système criminel, alors la volonté participative ne saurait être caractérisée ni, partant, la responsabilité pénale de l'individu en cause engagée.

803. Transition. – Cette approche de la volonté participative semble à même de satisfaire les exigences du principe de culpabilité. Pour autant, celle-ci est loin de s'imposer en droit international pénal.

§2. Le traitement juridique de la volonté participative

804. Réduction de l'intention requise à une connaissance coupable. – Au regard du schéma d'analyse de l'intention participative ayant été esquissé, le traitement juridique de l'élément moral des infractions internationales est réducteur. La volonté coupable est en effet le plus souvent assimilée à un état de connaissance coupable sans que ne soit vérifié le critère du consentement participatif (A) ce qui suscite certaines critiques (B).

[1894] X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, n°274.

A. La mise à l'écart du critère du consentement participatif

805. Droit positif et droit prospectif. – La mise à l'écart du critère du consentement participatif ressort, d'abord, du droit positif applicable aux crimes définis par référence à un dol général (1) – à l'exclusion donc, du génocide, dont le texte d'incrimination pose l'exigence d'un dol spécial[1895] –. Cela étant, il émerge en doctrine un courant critique préconisant la simplification de l'intention génocidaire, par sa réduction à une simple conscience de prendre part à l'entreprise de destruction. Cette proposition, qui fait totalement abstraction de la volonté participative de l'auteur, permet ainsi de constater que le crime de génocide est également concerné par cette approche restrictive de l'intention coupable (2).

1- Les prévisions du droit positif

806. Mise à l'écart légale et jurisprudentielle. – Les textes définissant le dol général des infractions internationales ne font aucune franche allusion à la volonté participative de l'auteur du crime sous-jacent ; plus que le critère du consentement, c'est ainsi la condition de volonté elle-même qui est passée sous silence (1). La jurisprudence prend quant à elle en considération l'intention de l'agent au regard de l'entreprise d'ensemble, sans cependant situer le seuil de la culpabilité au consentement participatif de l'agent. Elle se satisfait en effet d'une conscience infractionnelle, sans autre forme de distinction (2).

a- La mise à l'écart de la volonté participative dans les dispositions statutaires

807. Des dispositions générales aux dispositions spéciales : mise à l'écart de la volonté participative. – Dans le Statut de Rome, l'élément moral des infractions internationales est défini par l'articulation entre la disposition générale de l'article 30 et les dispositions spécifiques des textes d'incrimination. La première décrit le standard d'intention applicable que les secondes viennent préciser, ponctuellement, en posant parfois des exceptions à la règle. Or, tant la disposition générale (i) que les dispositions spéciales (ii) négligent la volonté de prendre part à l'entreprise d'ensemble lorsqu'elles décrivent l'intention requise.

i. La disposition générale de l'article 30 du Statut de Rome

808. Définition générale de l'élément moral des infractions internationales. – L'article 30 du Statut de Rome pose le principe d'intentionnalité des infractions internationales

[1895] C'est, en tout cas, l'interprétation admise de l'intention de destruction du groupe protégé prescrite par le texte d'incrimination du génocide. L'analyse de cette condition a toutefois conduit à proposer l'abandon de cette lecture, et à concevoir l'objectif de destruction comme un projet collectif, et non pas comme un but individuellement poursuivi par l'auteur du fait sous-jacent : v. *supra*, n°696 et s.

énonçant que « *sauf disposition contraire, nul n'est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance* »[1896]. Il précise, ensuite, qu'il y a intention, relativement à un comportement, lorsqu'une « *personne entend adopter ce comportement* »[1897] et, relativement à une conséquence, lorsqu'une « *personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des évènements* »[1898].

809. L'ambiguïté de la référence à l'élément matériel de l'infraction pour définir l'intention requise. – Au-delà de la mention maladroite de la notion d'*intention*, plutôt que de celle de *volonté* comme il devrait en aller en toute logique[1899], cette disposition opère une référence ambiguë à l'élément matériel pour définir l'intention coupable, ce qui vient fausser la détermination du standard applicable. Certes, l'élément moral d'une infraction est toujours défini en contemplation de son élément matériel : il consiste dans la volonté éclairée de commettre l'infraction incriminée, ce qui revient donc à prescrire que l'auteur ait délibérément et consciemment réalisé le comportement décrit par le texte pénal[1900].

Mais la difficulté, s'agissant de l'infraction internationale, est que le concept d'élément matériel semble se rapporter aux comportements caractérisant objectivement l'infraction c'est-à-dire aux *faits sous-jacents*. Il est vrai que la lettre du texte n'interdit pas, en soi, de voir les choses autrement. On pourrait – et même, on devrait – considérer que la matérialité visée est celle du fait constitutif de l'infraction internationale, c'est-à-dire du fait sous-jacent en tant que mode d'extériorisation de la participation à l'entreprise d'ensemble. Sous cet angle, il faudrait alors effectivement établir non seulement la volonté de commettre la conduite décrite par le texte mais également la volonté de l'inscrire dans l'entreprise d'ensemble. Ce n'est toutefois pas l'interprétation que retient la doctrine majoritaire de l'article 30 du Statut de Rome. Le dol général, tel que défini par cette disposition, est généralement rapporté à la conduite sous-jacente définie par le texte d'incrimination et dès lors entendu comme une volonté de commettre le comportement sous-jacent en sachant qu'il en résultera le résultat illicite associé[1901]. Un auteur

---

[1896] Art. 30, al. 1 du Statut de Rome.
[1897] Art. 30, al. 2 du Statut de Rome.
[1898] *Ibid*.
[1899] Selon la confusion soulignée *supra*, n°636.
[1900] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°580 ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*., n° 200 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°218 et n°229.
[1901] O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, *op. cit*., p. 76 ; M. JACQUELIN, *l'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°481 et s. ; D. K. PIGAROFF, D. ROBINSON, « Article 30 – Mental element », in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (Dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, *A commentary*, *op. cit*., n°6 et n°16 et s. ; S. FINNIN, « Mental element under article 30 of the Rome Statute of the International criminal court : A comparative analysis », *International and Comparative Law Quaterly*, vol. 61, 2012, pp. 341-349 et s. ; R. CLARK, « The mental element in international criminal law : The Rome Statute of the International Criminal Court and the elements of offences », *Criminal law forum*, 2001, p. 306 ; J. D. VAN DER VYVER, « The International Criminal Court and the concept of *mens rea* in international criminal law », préc., p. 69 et s. ; G. WERLE and F. JESSBERGER, « Unless Otherwise Provided : Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law », *JICJ*, vol. 3, 2005, p. 38 et s. A noter que dans ces deux derniers travaux, la question de l'intention coupable, dans ses rapports avec l'entreprise contextuelle, n'est pas

explique, ainsi, que le dol général, dans sa forme directe, implique *« que l'auteur a voulu commettre le fait matériel incriminé. Par exemple, l'auteur a voulu infliger des traitements inhumains à sa victime »*[1902]. Cette définition du dol général, par trop équivoque, est malheureuse car elle tend à ramener le dol général à une simple tension de la volonté vers la réalisation du fait sous-jacent en tant que tel, sans considération pour son rattachement à l'entreprise d'ensemble. Autrement dit, il peut sembler que seule est requise une résolution de commettre l'acte particulier visé sans qu'il faille rechercher, en outre, une volonté de s'associer à l'action collective.

810. L'exigence implicite de volonté participative pour le crime d'agression. – On peut cependant reconnaître que cette approche restrictive de la volonté infractionnelle sous-tendue par le libellé de l'article 30 du Statut de Rome n'a pas la même acuité selon l'infraction considérée. Ainsi le crime d'agression n'apparaît pas concerné car la définition de son élément matériel, à savoir la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution *d'un acte d'agression*[1903] reflète en lui-même la nature participative des comportements qui le consomment. Ces conduites, en effet, se rapportent directement à l'entreprise d'agression armée et ne sont pas concevables en dehors de cette circonstance. De ce point de vue, la volonté de commettre l'élément matériel du crime intègre nécessairement la volonté de prendre part à l'entreprise d'ensemble.

811. L'absence d'exigence de volonté participative pour le crime de guerre et le crime contre l'humanité. – Il en va néanmoins différemment pour le crime contre l'humanité et le crime de guerre car les conduites matérielles visées à titre sous-jacent ne transcrivent pas la nature participative de ces infractions. Certes, certains crimes sous-jacents font figure d'exceptions car le comportement qui les constitue apparaît indivisible de l'entreprise d'ensemble. C'est par exemple le cas du crime de guerre consistant dans la circonscription ou de l'enrôlement de mineurs de quinze ans dans les forces armées[1904]. Cette action s'intégrant, par définition, à la mise en œuvre de l'entreprise martiale, la volonté infractionnelle suppose donc que l'auteur ait entendu prendre part au conflit armé. Toujours est-il que la plupart des crimes sous-jacents ne répondent pas à ce modèle. Dans leur grande majorité, ils consistent en des actions dotées d'une réalité matérielle propre et indépendante de l'entreprise contextuelle, en ce sens qu'elles peuvent être dissociées de l'action d'ensemble. Il en va notamment ainsi du

occultée. Seulement, cette part d'intention est appréhendée comme une exigence « à part », c'est-à-dire une exigence étrangère aux conditions de l'article 30 du Statut de Rome.

[1902] O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, *op. cit.*, p. 76.

[1903] Art. 8 *bis*, al. 1 du Statut de Rome.

[1904] Art. 8, al. 2, b, xxvi) et art. 8 al. 2, e, vii) du Statut de Rome.

meurtre[1905], de la torture[1906] ou encore des atteintes à l'intégrité physique ou mentale[1907], pour prendre des crimes sous-jacents communs au crime contre l'humanité ou au crime de guerre. Dans ces conditions, la volonté de commettre l'élément matériel des infractions ne recèle aucune détermination à prendre part à l'entreprise d'ensemble ; elle se résume à la résolution de perpétrer la conduite sous-jacente visée.

812. Transition. – En axant la définition de l'intention coupable sur la matérialité des crimes internationaux, l'article 30 du Statut de Rome tend ainsi à laisser de côté la volonté d'inscrire le comportement individuel au sein de l'entreprise collective, en tout cas pour ce qui concerne le crime contre l'humanité et le crime de guerre. Or, les prévisions spécifiques des textes d'incrimination de ces dernières infractions ne remédient pas à cette imprécision.

ii. Les dispositions spéciales des textes d'incrimination

813. Silence des textes d'incrimination quant à la volonté participative. – L'élément moral des infractions internationales est parfois précisé, subsidiairement, par les textes d'incriminations. Cela étant, les prescriptions formulées concernent alors exclusivement la part d'intention coupable se rapportant au fait sous-jacent incriminé. Elles ne posent jamais la nécessité d'établir la volonté de l'auteur d'inscrire la commission du crime sous-jacent au sein de l'entreprise contextuelle.

814. Silence du texte d'incrimination du crime de guerre quant à la volonté participative. – Cela se vérifie, d'abord, à l'analyse des infractions sous-jacentes du crime de guerre. Certaines incriminations, il est vrai, formulent une exigence d'intention particulière. C'est le cas, par exemple, de celle visant le fait d'affamer « *délibéremment* »[1908] des civils comme méthode de guerre ou encore de celle couvrant le fait de causer « *intentionnellement* »[1909] de grandes souffrances. Ces prévisions spécifiques, néanmoins, concernent exclusivement l'intention coupable se rapportant *au crime sous-jacent*. Elles placent l'accent sur le caractère intentionnel du crime de guerre considéré – ce qui est au demeurant inutile puisque celui-ci découle de l'article 30 du Statut de Rome –, sans pour autant prescrire une quelconque condition de volonté vis-à-vis de la réalisation de l'entreprise martiale.

[1905] Pour le crime contre l'humanité, v. l'art. 7 al. 1, a) du Statut de Rome. Pour le crime de guerre, v. not. les art. 8 al. 2, a, i) ; art. 8 al. 2, b, vi) ; art. 8 al. 2, b, xi) ; art. 8 al. 2, c, i) ou encore art. 8 al. 2, e, ix) du Statut de Rome.
[1906] Pour le crime contre l'humanité, v. l'art. 7 al. 1, f) du Statut de Rome. Pour le crime de guerre, v. les art. 8 al. 2, a, ii) et art. 8 al. 2, c, i) du Statut de Rome.
[1907] Pour le crime contre l'humanité, v. l'art. 7 al. 1, k) du Statut de Rome. Pour le crime de guerre, v. les art. 8 al. 2, a, iii) et art. 8 al. 2, c, i) du Statut de Rome.
[1908] Art. 8 al. 2, b, xxv) du Statut de Rome.
[1909] Art. 8 al. 2, a, iii) du Statut de Rome.

En réalité, pour ce qui concerne la part d'intention se rapportant à la relation au contexte, seul le *corpus* des éléments des crimes fournit quelques renseignements : comme cela a été vu, ils requièrent que l'agent ait eu *connaissance* des circonstances de fait établissant l'existence du conflit armé[1910]. Or, il s'agit de la seule exigence qui soit formulée. La *volonté* d'inscrire le crime sous-jacent au sein du contexte de conflit armé est, quant à elle, totalement occultée.

815. Silence du texte d'incrimination du crime contre l'humanité quant à la volonté participative. – Il en va de même s'agissant, ensuite, du crime contre l'humanité. Là encore, il est bien des énonciations relatives à la volonté de l'auteur, au sein des incriminations sous-jacentes, mais celles-ci viennent seulement préciser le contenu de la *mens rea* caractérisant le comportement infractionnel individuel. Certaines n'ont d'autre intérêt que d'insister sur l'aspect intentionnel du crime[1911] ; d'autres, en revanche, posent une condition psychologique supplémentaire, en requérant, en complément de la volonté de commettre l'acte décrit (dol général) que l'agent ait agi à raison d'un motif particulier (dol spécial)[1912]. Mais au-delà de ces précisions ponctuelles, le texte d'incrimination ne fait aucune référence à la *volonté* du participant. Son chapeau prévoit que l'auteur doit avoir agi *en connaissance* de l'entreprise d'ensemble[1913] mais il ne va pas jusqu'à requérir que ce dernier ait accepté d'y prendre part, comme il devrait en aller en théorie. Le corpus des éléments des crimes achève d'établir qu'il ne s'agit pas d'un critère impératif lorsqu'il définit l'intention requise au regard de l'alternative suivante : « *L'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie* »[1914]. Il en ressort clairement que la volonté d'inscrire l'acte au sein de l'entreprise d'ensemble constitue, tout au plus, un état d'esprit *suffisant* à la qualification du crime contre l'humanité ; mais elle n'en est pas un critère nécessaire.

816. Bilan. – En somme, et exception faite du crime d'agression, le dol général tel que défini par le Statut de Rome ne renferme pas de condition consistant dans la volonté de prendre part à l'entreprise d'ensemble. Il faut seulement que l'auteur ait entendu réaliser le crime sous-jacent, peu important qu'il ait consenti à participer à l'entreprise d'ensemble, tant qu'il en avait

---

[1910] *Eléments des crimes*, art. 8, introduction, c). Sur cette condition, v. *supra*, n°746 et s.

[1911] V. par ex. l'article 7 al. 2, a, b) du Statut de Rome définissant le crime d'extermination comme « *le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population* » (nous soulignons) ou encore, l'article 7 al. 2, e) du Statut de Rome qui définit la torture comme « *le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle* » (nous soulignons).

[1912] Il en va ainsi, par exemple, du crime de persécution, qui requiert que le « *déni intentionnel et grave de droits fondamentaux* » qui en est constitutif ait été procédé de motifs discriminatoires, précisément « *des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste* » ou « *d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international* » : v. les articles 7 al. 1, h) et 7 al. 2, g) du Statut de Rome. Sur cette condition intentionnelle spécifique du crime de persécution, v. *supra*, n°682 et s.

[1913] Art. 7 al. 1 du Statut de Rome.

[1914] *Éléments des crimes*, art. 7. Voir le dernier élément énoncé pour chaque infraction sous-jacente.

connaissance. Autrement dit, les dispositions statutaires posent uniquement la nécessité d'établir que l'auteur *savait que son comportement participait de l'entreprise d'ensemble.*

b- La mise à l'écart de la volonté participative dans la jurisprudence

817. Indifférence à la volonté participative dans la qualification judiciaire du crime de guerre et du crime contre l'humanité. – Pas plus que les rédacteurs des instruments statutaires, les juridictions pénales internationales ne subordonnent la qualification du crime de guerre (i) et du crime contre l'humanité (ii) à la démonstration d'une volonté, de la part de l'auteur de l'infraction sous-jacente, de prendre part à la mise en œuvre de l'entreprise d'ensemble.

i. La jurisprudence applicable au crime de guerre

818. Délicate systématisation de l'intention participative. – De manière générale, les juridictions pénales internationales n'ont jamais cherché à systématiser l'état d'esprit du criminel de guerre. La psychologie de cet auteur a plutôt été appréhendée comme un élément de preuve du rattachement du crime sous-jacent au conflit armé aux fins de la qualification de l'infraction. Il est, dès lors, assez malaisé de cerner la teneur de l'intention requise, celle-ci n'étant pas assise dans des critères juridiques objectifs et constants.

819. Exigence apparente de volonté de s'associer au conflit armé. – Le seul effort de théorisation réalisé par les juridictions a été fourni par la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Kunarac et consorts*. Après avoir déclaré que « *les crimes de guerre se distinguent des infractions de pur droit interne en ce qu'ils sont déterminés par le contexte dans lequel ils sont commis — le conflit armé —, ou en dépendent* », les juges ont relevé qu'« *un lien de cause à effet n'est pas exigé entre le conflit armé et la perpétration du crime* »[1915]. Cette affirmation est ensuite nuancée par les juges : « *il faut, à tout le moins, que l'existence du conflit armé ait 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* »[1916]. Un degré d'intention minimal apparaît donc nécessaire pour pouvoir conclure à l'existence d'un crime de guerre. Il est toutefois assez difficile d'identifier pleinement le seuil posé dans la mesure où les facteurs évoqués sont de nature variable. Mais l'accent mis sur l'incidence du conflit sur la commission du crime, appuyé par l'emploi de l'adverbe « *considérablement* », laisse néanmoins penser que la situation de conflit doit avoir réellement influé sur le passage à l'acte de l'auteur, ce qui sous-tend davantage qu'une pure connaissance de l'existence du conflit armé. Il ne faisait d'ailleurs aucun doute, en l'occurrence, que l'état psychique des accusés excédait

[1915] TPIY, arrêt *Kunarac et consorts*, préc., n°58.
[1916] TPIY, arrêt *Kunarac et consorts*, préc., n°58.

la simple conscience des circonstances : « *des civils musulmans ont été tués, violés ou autrement maltraités en conséquence directe du conflit armé et parce que celui-ci semblait offrir une impunité générale aux criminels* »[1917]. Les soldats accusés avaient ainsi clairement tiré parti de la situation pour commettre leurs forfaits, en particulier les crimes sexuels perpétrés. Dans le droit fil de ces considérations, et en guise de remarque finale, la Chambre énonce alors que « *S'il peut être établi, comme en l'espèce, que l'auteur du crime a agi dans l'optique de servir un conflit armé ou sous le couvert de celui-ci, cela suffit pour conclure que ses actes étaient étroitement liés au dit conflit* »[1918]. Cette affirmation contrarie la logique la plus élémentaire en suggérant que l'on puisse déduire un élément matériel d'un élément psychologique ; cela n'a pas empêché la jurisprudence postérieure de la reconduire pour définir le lien devant exister entre le crime sous-jacent et le conflit armé[1919]. En tout état de cause, cette observation signale que l'intention participative peut trouver deux expressions : au maximum, elle couvre une adhésion du but poursuivi au plan d'ensemble. Mais elle peut également se manifester, *a minima*, dans un rapport d'utilité, transcrit ici par la locution « sous le couvert » et corroboré, en l'espèce, par le fait que les soldats accusés aient profité de la situation d'ensemble pour mener à bien leurs crimes. À interpréter de la sorte ces observations, la qualification de crime de guerre supposerait ainsi davantage qu'une conscience que l'acte participe de l'entreprise martiale : elle impliquerait, au moins, que l'auteur ait *entendu associer son geste au contexte global*, même s'il poursuivait par là des fins personnelles. Dans cette perspective, les exigences du principe de culpabilité seraient satisfaites puisque l'intention coupable serait alors effectivement conditionnée par la manifestation d'un consentement participatif.

820. Exigence vaine de volonté de s'associer au conflit armé. – Toujours est-il que la nébulosité des critères dégagés est loin de parer cette interprétation d'une quelconque autorité. Le rapport de dépendance mis en lumière et, plus encore, l'expression « sous le couvert » employée par la Chambre d'appel du TPIY constituent des concepts flous qui sont susceptibles d'être entendus de multiples façons et ainsi d'asseoir différentes solutions. Les juges du TPIR ont d'ailleurs émis certaines réserves à ce sujet, en soulignant que « *l'expression* "*sous le couvert du conflit armé*" *ne signifie pas simplement* "*en même temps qu'un conflit armé*" *et/ou* "*en toutes circonstances créées en partie par le conflit*". *À titre d'exemple, si un non-combattant profite du relâchement de l'efficacité policière dans une situation de troubles engendrés par un conflit armé afin de tuer un voisin qu'il haïssait depuis des années, cela ne constitue pas, en tant que tel, un crime de guerre* »[1920]. Cette mise en garde n'a trouvé aucun écho au sein des juridictions. Au contraire, le critère « sous le couvert » a été poussé au maximum de ses

[1917] TPIY, jugement *Kunarac et consorts*, préc., n°568.
[1918] TPIY, arrêt *Kunarac et consorts*, préc., n°58
[1919] V. par ex. TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°517 ; TPIR, jugement *Bagosora et consorts*, préc., n°2231.
[1920] TPIR, arrêt *Rutaganda*, préc., n°570.

potentialités répressives et a permis d'appliquer la qualification de crime de guerre à des actes simplement commis en temps de conflit armé, sans considération aucune pour la psychologie de l'auteur vis-à-vis de cette circonstance.

L'affaire *Semanza*, jugée par le TPIR, en constitue une illustration. La conjoncture rwandaise, différente de celle connue par l'Ex-Yougoslavie, était la suivante : un conflit armé avait éclaté en 1990 entre les forces gouvernementales et le FPR et s'est prolongé jusqu'en 1994, année au cours de laquelle il s'est intensifié. Cette même année 1994, les autorités rwandaises ont parallèlement lancé une campagne génocidaire contre un groupe ethnique particulier de la population civile, le groupe tutsi. Procédant à l'analyse de la responsabilité pénale de l'accusé, le tribunal jugea que les crimes allégués étaient constitutifs de génocide dans la mesure où ils avaient été commis pour donner effet au projet de destruction du groupe tutsi[1921]. Cela étant, il estima que la recrudescence du conflit armé avait largement favorisé les massacres subis par les civils tutsis, si bien qu'il pouvait être établi, vu les observations formulées dans l'arrêt *Kunarac*, que les crimes en question entretenaient un lien avec la situation de conflit[1922]. À l'analyse, toutefois, le comportement de l'auteur ne laissait pas vraiment entrevoir une volonté de s'associer au conflit armé, pas même de pure opportunité. En réalité, la Chambre s'est essentiellement contentée d'une appréciation abstraite du contexte sociopolitique global : constatant que la reprise du conflit armé avait été propice à la réalisation des tueries dont les civils tutsis furent victimes[1923], elle estima que le lien avec le conflit armé était caractérisé, sans chercher à sonder la résolution de l'auteur.

Ce raisonnement, qui se retrouve dans d'autres décisions du TPIR[1924], montre que les exigences relatives à l'intention participative que semblait receler l'arrêt *Kunarac* n'ont absolument pas été entérinées par la jurisprudence postérieure. Certes, pour peu que l'attitude

---

[1921] TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°424.

[1922] TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°516.

[1923] TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°518 : « *De l'avis de la Chambre, c'est le conflit armé entre les forces gouvernementales rwandaises et le FPR – qui était identifié à la minorité ethnique tutsie au Rwanda – qui a été à la fois à l'origine de la situation et qui a fourni un prétexte aux massacres généralisés et autres exactions dont les civils tutsis ont été victimes. La Chambre rappelle qu'en l'espèce, les tueries ont commencé dans les communes de Gikoro et Bicumbi peu de temps après la mort du Président Habyarimana, lorsque la guerre ouverte a repris entre le FPR et les forces gouvernementales* » ou encore, *ibid*., n°519. « *De l'avis de la Chambre, certaines autorités civiles et militaires ainsi que d'autres personnalités importantes ont profité du conflit armé pour tuer les Tutsis à Bicumbi et à Gikoro et leur infliger des sévices. Les soldats et les gendarmes du Gouvernement rwandais ont joué un rôle actif lors des attaques lancées contre les groupes de réfugiés qui s'étaient rassemblés à l'église de Musha, à la mosquée de Mabare et sur la colline de Mwulire. La participation de militaires et de gendarmes armés aux massacres a influencé considérablement la façon dont ces crimes ont été exécutés. Il ressort de la preuve que ces attaques étaient le plus souvent le fait d'un certain nombre de militaires et de gendarmes armés, de miliciens Interahamwe et d'autorités communales. La participation des officiers et personnels militaires au massacre de civils tutsis dans ces localités rattache ces massacres au conflit global* ».

[1924] v. not. : TPIR, jugement *Bagosora et consorts*, préc., n°2232-2236. Le raisonnement des juges du fond est similaire à celui des juges de l'affaire Semanza. La Chambre a établi le rattachement du crime sous-jacent au contexte de conflit armé au regard de considérations objectives, tenant essentiellement au fait que le conflit armé était « *à l'origine de la situation dans laquelle le pays s'est retrouvé et fourni un prétexte aux massacres généralisés et autres exactions dont la population civile au Rwanda a été victime* » (v. spécif. n°2232). A noter que cette solution a été confirmée par la Chambre d'appel : TPIR, arrêt *Bagosora et consorts*, préc., n°403-408. Dans le même sens, v. TPIR, jugement *Setako*, préc., n°486-489.

de l'accusé témoigne d'une volonté de s'associer au conflit armé, la jurisprudence utilise cet élément pour prouver la connexité du crime sous-jacent avec le conflit armé. Mais elle ne fait aucunement de ce rapport psychique une condition nécessaire de la relation à l'entreprise martiale.

821. Réduction de l'intention participative à la connaissance de l'entreprise d'ensemble. – Cela ne signifie pas, pour autant, que les juridictions aient réduit le lien de connexité à une condition purement objective. Dans l'arrêt *Naletilić et Martinović*, la Chambre d'appel du TPIY a en effet déclaré qu'« *on ne saurait logiquement affirmer que ce lien existe à moins de prouver que l'accusé était au courant des éléments de fait touchant à la nature du conflit* »[1925]. Mais c'est ainsi réduire le rapport psychique entre l'agent et le contexte à un pur état de *connaissance* de l'entreprise martiale, sans faire cas de la dimension volitive de la participation. La jurisprudence de la CPI s'inscrit dans la même lignée. Bien qu'elle s'accorde à reconnaître que « *le conflit armé doit, bien entendu, occuper une place majeure dans la décision prise par l'auteur du crime, dans sa capacité de commettre le crime ou encore dans la manière dont celui est en définitive commis* » lorsqu'elle définit la relation au contexte[1926], elle n'impose pas davantage la démonstration d'une volonté de la part de l'auteur de s'associer au conflit armé. En réalité, elle se contente de vérifier que l'auteur avait bien connaissance du contexte de conflit armé[1927], dans le droit fil des prévisions statutaires. La jurisprudence n'est donc pas plus exigeante que les textes : il suffit que l'accusé *ait su* que ses crimes étaient liés à un conflit armé pour que sa culpabilité soit établie. Et la même interprétation prévaut en matière de crime contre l'humanité.

ii. La jurisprudence applicable au crime contre l'humanité

822. La connaissance suffisante de la nature participative du fait sous-jacent. – La jurisprudence pénale internationale a été moins hésitante quant au standard d'intention applicable au crime contre l'humanité. Très rapidement, les juridictions se sont saisies de cette question, qu'elles ont résolue par l'indifférence à l'adhésion de l'agent au projet d'ensemble. Il semble, en effet, que les juges aient déduit de l'absence de pertinence des motivations de l'accusé le principe selon lequel la connaissance de l'entreprise d'ensemble suffisait à l'engagement de la responsabilité pénale internationale. Tel est, en tout cas, ce que suggère le raisonnement de la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadić*, dans la mesure où c'est immédiatement après avoir relevé que « *les "mobiles purement personnels" ne rentrent aucunement en ligne de compte pour déterminer si oui ou non un crime contre l'humanité a été*

[1925] TPIY, arrêt *Naletilić et Martinović*, préc., n°118.
[1926] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1176. V. aussi : CPI, décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de *Lubanga*, préc., n°287 ; CPI, jugement *Bemba*, préc., n°142 ; CPI, jugement *Ntaganda*, préc., n°731.
[1927] V. par ex. : CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1231-1234. La caractérisation du lien de connexité, dans son aspect subjectif, est établie sur le fondement de la connaissance de l'existence du conflit armé, par l'accusé.

commis »[1928] qu'il sera conclu qu'il faut « *pour pouvoir déclarer un individu coupable de crimes contre l'humanité, prouver que ses crimes étaient liés à l'agression d'une population civile (dans le cadre d'un conflit armé) et que l'accusé savait qu'ils y étaient liés* »[1929].

823. L'exigence apparente d'un consentement participatif. – Une ligne interprétative quelque peu différente a pu cependant être défendue par les juges de l'affaire *Blaskić*. Au renfort d'une analyse de la notion de dol, la chambre de première instance a jugé que « *la mens rea exigée est constatée si un accusé a pris, en conscience, le risque de participer à la mise en œuvre de ce contexte* »[1930]. Si cette affirmation paraît *a priori* abaisser le seuil d'intention requise à une simple prise de risque et, partant, à une *imprudence*, les constatations annexes montrent que telle n'était pas la visée de la Chambre. En réalité, la Chambre entendait désigner, par là, la situation où l'agent, sans forcément adhérer pleinement aux buts projetés par le système criminel global, « *a implicitement accepté le contexte dans lequel ses fonctions, sa collaboration et sa participation devaient en toute probabilité s'inscrire* »[1931]. De ce point de vue, la conception de l'intention promue par la Chambre apparaît finalement plus stricte que celle admise jusqu'alors, puisqu'il s'agissait, en creux, de situer le seuil de la culpabilité au consentement participatif manifesté par l'agent (indépendamment de ses motivations). La référence à la prise de risque aura toutefois eu raison de cette ligne interprétative. La chambre d'appel viendra très vite la censurer, sans chercher à préciser le fond de l'analyse effectuée par la chambre de première instance[1932].

824. Retour à la conception initiale : la suffisance d'une conscience participative. – Depuis lors, la *mens rea* du crime contre l'humanité a toujours été interprétée de manière unitaire par les différentes juridictions pénales internationales. Toutes s'accordent à reconnaître qu'il n'est pas nécessaire que « *l'auteur de l'acte adhère aux buts du projet criminel de l'État ou de l'organisation*, *pas plus qu'il n'est exigé de démontrer l'existence d'une volonté délibérée de la part de l'auteur que son acte fasse partie de l'attaque contre la population civile* »[1933]. L'agent doit seulement « *savoir qu'il y a une agression contre la population civile, savoir que*

[1928] TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°270.
[1929] TPIY, arrêt *Tadić*, préc., n°271. Pour d'autres jurisprudences opposant l'absence de pertinence des mobiles de l'auteur à la suffisance de la connaissance de l'entreprise d'ensemble, v. not. : TPIY, jugement *Haradinaj*, préc., n°109 ; TPIR, jugement *Semanza*, préc., n°332 ; TPIR, jugement *Muvunyi*, préc., n°516 ; TPIR, jugement *Bagosora et consorts*, préc., n°2166 ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1125.
[1930] TPIY, jugement *Blaskić*, préc., n°251-257 ; TPIY, jugement *Krnojelac*, préc., n°59 ; TPIY, jugement *Kunarac et consorts*, préc., n°434 ; TPIY, arrêt *Kunarac et consorts*, préc., n°102.
[1931] TPIY, jugement *Blaskić*, préc., n°255.
[1932] TPIY, arrêt *Blaskić*, préc., n°126.
[1933] CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1125.

son acte s'accorde avec l'agression »[1934], ce qui revient, en soi, à établir la suffisance d'une simple conscience que le crime commis cadre avec l'entreprise d'ensemble[1935].

825. Transition. – Cette approche simplifiée de l'intention participative, qui met de côté la volonté de prendre part à l'entreprise d'ensemble pour se satisfaire d'une simple conscience que le crime sous-jacent participe de sa mise en œuvre, est aujourd'hui bien ancrée dans le droit positif. Mais là n'est pas sa seule expression puisqu'on la retrouve, par ailleurs, dans les propositions prospectives d'un courant doctrinal défendant une simplification de l'élément moral du génocide.

2- Les préconisations de la doctrine

826. Approche de l'intention génocidaire fondée sur la connaissance du but de destruction. – Nous estimons[1936], à la suite de plusieurs auteurs, que l'individualisation du projet génocidaire, transcrite par la condition de dol spécial, est malvenue et qu'il faut par conséquent rompre avec cette approche *de lege ferenda*. Dans le prolongement de cette analyse critique, ces auteurs plaident, à l'unisson, pour que soit substituée, à l'approche *volitive* du but de destruction, une approche *cognitive* de cet élément.

Alexander K. A. Greenawalt est le premier auteur à avoir défendu une conception de l'intention génocidaire fondée sur la connaissance – « a *knowledge-based interpretation* »[1937]–. Sans remettre en cause la dimension discriminatoire de cette infraction, il proposa de reconstruire son interprétation. Selon lui, le processus de sélection des victimes ciblées, sur le fondement de leur identité collective, doit être recherché *au plan d'ensemble* et il suffit, *au plan individuel*, que l'auteur du crime sous-jacent ait agi *en connaissance* de ce processus de sélection pour qu'il puisse être déclaré coupable[1938].

[1934] TPIY, jugement *Tadić*, préc., n°659. Cette approche de l'intention requise bénéficie d'une large assise en jurisprudence. Quasiment toutes les décisions s'y réfèrent pour définir la *mens rea* du crime contre l'humanité ; il serait impossible de toutes les référencer.

[1935] Certaines décisions se réfèrent d'ailleurs expressément à la notion de conscience (plutôt qu'à celle de connaissance) pour définir la *mens rea* du crime contre l'humanité. V. par ex. : CPI, jugement *Bemba*, préc., n°167 « *l'auteur des crimes doit avoir* <u>*conscience*</u> *qu'une attaque généralisée lancée contre une population civile est en cours et que ses actes s'inscrivent dans ce cadre* » ; CPI, jugement *Katanga*, préc., n°1125 : « *La démonstration que l'auteur de l'acte a participé* <u>*consciemment*</u> *à l'attaque dirigée contre une population civile est donc exigée par les textes fondateurs de la Cour et cette connaissance constitue le fondement du crime contre l'humanité en ce qu'elle met en lumière la responsabilité de l'auteur de l'acte dans le cadre de l'attaque considérée de manière globale. (…) il suffit d'établir à sa charge, au vu du contexte, une connaissance de la circonstance que son action s'inscrivait dans le cadre de l'attaque* ». (Nous soulignons). V. aussi : TPIR, jugement *Kayishema et Ruzindana*, préc., n°154 : il faut que « *l'auteur soit conscient que son acte s'inscrit dans le cadre général de l'attaque* ».

[1936] V. *supra*, n°696 et s.

[1937] v. A. K. A. GREENAWALT, « Rethinking Genocidal Intent : The Case for a Knowledge-Based Interpretation », préc.

[1938] *Ibid*., p. 2289 : « *The proposed reading of genocidal intent combines two elements: selection of group members on the basis of their group identity and* <u>*knowledge regarding the destructive consequences of one's actions for the survival of the group*</u> *(…) It is important to emphasize, however, that the proposed standard does not contemplate that every individual perpetrator must necessarily select victims on the basis of their group identity. Rather, it views selection as part of the general context in which victims are targeted. To the extent that an individual*

Cet auteur a très vite été rejoint dans sa proposition par d'autres spécialistes du crime de génocide. Si l'on peut relever certaines dissensions ponctuelles au sein de ce courant doctrinal émergent[1939], il n'en demeure pas moins que l'abaissement du standard intentionnel à une connaissance du projet génocidaire fait figure de consensus[1940]. En somme, il faudrait donc affranchir la qualification du crime de génocide de l'exigence d'un *but individuel de destruction* du groupe protégé, et se contenter de vérifier que l'auteur avait « *conscience de se comporter en acteur du projet de destruction global* »[1941].

827. Transition. – Ce schéma d'analyse de l'intention génocidaire, ainsi promu par la doctrine, rejoint, en somme, la norme applicable au crime contre l'humanité et au crime de guerre. Mais aussi consensuelle que soit cette approche de la culpabilité, en droit international pénal, elle ne manque pas de susciter certaines critiques.

B. La critique de la mise à l'écart du critère du consentement participatif

828. Insuffisance du seuil de culpabilité admis. – De l'ensemble de ces constatations, il ressort que la connaissance de l'entreprise d'ensemble, associée à une volonté de commettre le fait sous-jacent, satisfait l'établissement de la culpabilité en droit international pénal. Le critère du consentement participatif, identifié comme l'expression minimale de la volonté coupable, est donc totalement occulté.

Or, la connaissance de l'entreprise d'ensemble conjuguée à la volonté de commettre le fait permet, tout au plus, de présumer la conscience participative de l'agent. Comme démontré précédemment, cet état d'esprit ne préjuge pourtant pas, en toute circonstance, d'une volonté de prendre part à la mise en œuvre du projet collectif[1942]. Telle déduction semble autorisée pour les organisateurs de l'entreprise puisque ces derniers, intervenant au cœur du système, pourront difficilement prétendre ne pas avoir entendu participer à la réalisation de l'entreprise. Il en va en revanche différemment s'agissant des actions exécutant l'entreprise. Certaines conduites

---

perpetrator may target pre-selected victims, knowledge of the criteria for selection should be enough to extend liability » (nous soulignons).

[1939] Ces dissensions tiennent essentiellement à l'objet de la connaissance requise : d'aucuns considèrent qu'il suffit que l'auteur ait su que la destruction du groupe était une conséquence *éventuelle* de l'entreprise génocidaire tandis que d'autres estiment qu'il faut que l'auteur ait intégré qu'il s'agissait d'une conséquence *certaine*. Sur ce point, v. *supra*, n°774.

[1940] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°497 ; C. KRESS, « The darfur report and genocidal intent », préc., p. 576 : « *The first minimum requirement of individual genocidal intent in the case of a collective genocidal campaign should be knowledge of the individual perpetrator of the existence of such a campaign* » ; A. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional : especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999, p. 259 (cité par, C. KRESS, *The darfur report and genocidal intent*, p. 567) ; H. VEST, « A structure-based concept of genocidal intent », préc. p. 789 et s. ; K. GOLDSMITH : « The issue of intent in the genocide Convention and its effect on the prevention and punishment of the crime of genocide : toward a knowledge-based approach », *Genocide Studies and Prevention : An International Journal*, Vol. 5, n°3, article 3.

[1941] M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide*, *op. cit*., n°498.

[1942] V. *supra*, n°802.

pourraient en effet concrétiser l'entreprise par pure coïncidence. Or, en l'état actuel du droit positif, il suffit que l'agent se rende compte de la correspondance de son action avec la ligne d'action collective pour être tenu responsable d'une infraction internationale. De ce point de vue, le standard intentionnel admis ne paraît donc pas suffisant.

829. Dilution de la gravité des infractions internationales. – D'ailleurs, il est classiquement admis que « *les infractions dont l'élément intellectuel est constitué par une faute intentionnelle sont les infractions (...) les plus graves* »[1943], ce qui induit, *a contrario*, que les infractions caractérisées par une simple faute, même consciente, et non une intention, sont moins redoutables. N'y a-t-il pas, alors, une certaine contradiction à postuler la gravité suprême des crimes internationaux, d'un côté, tout en concédant, d'un autre côté, que des comportements ne manifestant pas de franche hostilité à l'égard des valeurs défendues par le droit international pénal puissent relever de cette catégorie infractionnelle ? Il est vrai que l'on peut douter que de telles attitudes soient un jour portées à la connaissance de la CPI. *A priori*, l'absence de volonté de prendre part à l'entreprise d'ensemble devrait se heurter au critère de gravité concrète de l'affaire, qui conditionne la recevabilité devant cette juridiction[1944]. Mais cette question de compétence est secondaire par rapport à la délimitation notionnelle de l'infraction internationale. Pour que celle-ci reste empreinte de cohérence, il faut donc ériger la volonté de prendre part à l'entreprise d'ensemble en critère de la *mens rea* : parce que ces crimes sont réputés les plus graves parmi ceux existants, doit y correspondre le degré de culpabilité le plus élevé, soit l'intention.

830. Risque de banalisation de la notion d'infraction internationale. – L'abaissement du seuil de la culpabilité aux participations conscientes fait du reste craindre une certaine banalisation de la notion d'infraction internationale. Compte tenu de l'envergure des entreprises collectives dont il est question, il est peu probable qu'elles soient méconnues de la société, en tout cas à partir du moment où elles sont entrées en phase d'exécution. Or, la conscience participative pouvant être directement déduite de la connaissance du contexte – tout individu se figurant correctement la réalité du contexte en cause pouvant, selon toute vraisemblance, être réputé conscient que son attitude favorise la réalisation de l'entreprise d'ensemble –, la caractérisation de la *mens rea* devrait être quasi-systématique. Cela est d'autant plus vrai que le domaine de l'infraction internationale n'est soumis à presque aucune limite matérielle, toute forme de participation à l'entreprise pouvant, en réalité, être constitutive d'une infraction internationale, peu important sa forme extérieure[1945]. Cette faible circonscription, objective et subjective, de la catégorie criminelle laisse ainsi présager une

[1943] F. DESPORTES et F. LE GUHENEC, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°470.
[1944] V. l'article 17 al. 1, d) du Statut de Rome qui expose qu'une affaire est irrecevable devant la CPI si « *[elle] n'est pas suffisamment grave* ».
[1945] V. *supra*, n°419 et s.

généralisation de la qualification et, plus encore, sa potentielle application extensive à des crimes relevant du droit commun car, en définitive, toute action criminelle cadrant, de près ou de loin, avec l'entreprise d'ensemble, apparaît alors susceptible de basculer dans le giron de l'infraction internationale.

831. La prise en compte nécessaire du consentement participatif de l'agent. – Au regard de ces considérations, il apparaît nécessaire de reconsidérer le seuil de la culpabilité en droit international. Le principe d'intentionnalité des infractions internationales commande la prise en compte de la volonté coupable de l'agent, ce qui suppose d'ériger le critère du consentement participatif en critère minimal de leur élément moral. C'est-à-dire qu'il faudrait vérifier que l'auteur du crime sous-jacent a, à tout le moins, *accepté de jouer un rôle* dans la réalisation de l'entreprise d'ensemble pour le rendre justiciable du droit international pénal. Il va de soi que les participations à dessein, qui recèlent la volonté coupable la plus affirmée, intègreraient pareillement le champ de la notion d'infraction internationale. En revanche, en serait exclue toute attitude révélant une faute de moindre intensité, ce qui s'entend donc des participations commises en simple connaissance de cause.

832. La preuve du consentement participatif. – Il faut bien comprendre que cette proposition se rapporte aux conditions de fond de la culpabilité. Ainsi, il ne s'agit pas d'écarter la possible prise en compte de la conscience participative pour établir la volonté participative sur le terrain de la preuve. Si tant est que l'action de l'agent permette d'établir, à la lumière de sa connaissance de la situation, sa volonté de collaborer avec l'entreprise d'ensemble, sa culpabilité doit pouvoir être établie. En revanche, dans le cas où la conscience de la situation de l'agent ne permet pas d'établir, avec certitude, qu'il entendait associer son geste au contexte d'ensemble, sa responsabilité pénale internationale ne doit pas pouvoir être engagée. En somme, ce schéma d'analyse ne devrait pas vraiment compliquer la charge de la preuve incombant à l'accusation, en ce sens que celle-ci pourra toujours raisonner par présomption pour établir l'intention de l'auteur, pour peu que cette présomption trouve un fondement valable. Cela permettra simplement d'éviter que des individus puissent être déclarés coupables des crimes les plus graves qui soient pour avoir seulement eu conscience que leur action pouvait coïncider avec la ligne d'action suivie par l'organisation martiale ou criminelle. Sans doute cette question relève-t-elle, en définitive, d'un positionnement moral ; il nous semble toutefois que la gravité afférente à la notion d'infraction internationale commande un strict encadrement de la responsabilité pénale internationale pour que les condamnations soient réservées aux seuls participants ayant voulu que leur comportement s'intègre à un processus de destruction d'une collectivité.

833. Conclusion de la section 2. – L'engagement de la responsabilité pénale internationale ne peut se passer de l'appréciation de la volonté coupable manifestée par le

participant. À réduire l'élément moral des infractions internationales à un simple état de conscience, les textes statutaires, comme la jurisprudence, entament la nature intentionnelle des crimes internationaux, pourtant postulée comme une règle de principe depuis toujours.

Le consentement participatif, expression de la volonté coupable des infractions collectives, doit être érigé en seuil minimal de la culpabilité pénale internationale. Ainsi, les individus acceptant de s'associer à la mise en œuvre de l'entreprise collective – qu'ils soient en accord avec le projet poursuivi ou qu'ils profitent seulement de la situation créée – doivent pouvoir être tenus responsables des crimes commis en son application, à l'exclusion de ceux qui, bien qu'ayant possiblement conscience de la situation globale, n'ont jamais entendu coopérer avec l'organisation martiale ou criminelle à l'œuvre.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

834. Ériger le caractère intentionnel de l'infraction internationale au rang de principe n'a aucune valeur si les exigences que cela implique, en termes de culpabilité morale, ne sont pas satisfaites. La définition admise des composantes classiques de l'intention coupable, à savoir la connaissance et la volonté de commettre l'infraction, peut, à cet égard, être contestée sous certains aspects.

835. Pour ce qui concerne la première de ces conditions, la critique n'est pas absolue dans la mesure où la connaissance infractionnelle est effectivement présentée comme un critère décisif de la culpabilité, tant dans sa dimension sous-jacente que dans sa dimension participative. Mais cela n'empêche pas de constater certaines défaillances ponctuelles. D'une part, le degré de connaissance des faits requis ne permet pas toujours de s'assurer de la pleine compréhension du caractère criminel du comportement, par son auteur. D'autre part, la connaissance du droit, à savoir l'appréciation juridique de la situation contextuelle, qui constitue l'autre prérequis à la formation de la connaissance infractionnelle est parfois explicitement écartée.

836. Le traitement de la condition de volonté coupable est sans doute plus discutable encore. Cette exigence, pourtant essentielle, est en effet laissée pour compte par le droit positif. Le seuil de la culpabilité étant situé à un état de conscience participative : il suffit que l'agent ait su que son comportement coïncidait avec la ligne d'action collective pour que puisse être engagée sa responsabilité pénale. Cette lecture de l'intention participative est insatisfaisante, car elle ne permet pas de jauger « *la part morale que l'auteur a prise à son acte* »[1946]. Afin que soit préservée la dimension subjective de la responsabilité pénale internationale, il faut, à tout le moins, que le fait de participation traduise l'existence d'un consentement de son auteur à s'associer à la mise en œuvre de l'entreprise d'ensemble.

[1946] S. GLASER, « Culpabilité en droit international pénal », p. 479.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

837. Au fil de cette analyse des éléments objectifs et subjectifs des participations incriminées, les conditions et les contours de la responsabilité pénale internationale se sont précisés, dans une mesure appelant des conclusions totalement opposées.

838. D'un côté, l'étude des conditions objectives des participations répréhensibles conduit à proposer l'extension du champ d'application des infractions internationales par nature. Un large cercle de contributions aux entreprises est, certes, déjà saisi par les normes d'incrimination en vigueur. On pense, en l'occurrence, aux actes d'exécution des entreprises martiales et criminelles qui sont couverts dans leur quasi-totalité par les faits sous-jacents incriminés. Il reste toutefois tout un pan de participations échappant à la répression pénale, à savoir les comportements des décideurs des entreprises. S'agissant des entreprises martiales, ce constat est à nuancer car le crime d'agression permet effectivement d'atteindre les dirigeants et organisateurs des entreprises martiales, encore que la répression est soumise à certaines limites non négligeables. En revanche, les actes d'organisation des entreprises criminelles ne sont en aucun cas couverts par les faits sous-jacents du crime contre l'humanité et du génocide. Or, les normes d'imputation existantes ne permettent pas de pallier cette lacune sans emporter de sérieuses atteintes aux principes fondamentaux du droit pénal. Aussi, la création de nouvelles incriminations apparaît impérative : les actes d'organisation des entreprises criminelles doivent être érigés en fait sous-jacents du crime contre l'humanité et du génocide pour que la responsabilité de cette catégorie de participants puisse être dument engagée.

839. D'un autre côté, l'étude des conditions subjectives des participations répréhensibles invite au contraire à délimiter plus strictement le champ des infractions internationales. Sans aller jusqu'à exiger un dol spécial, l'adhésion de l'agent au projet d'ensemble devant rester indifférente, il faut à tout le moins vérifier l'existence d'un dol général participatif chez ce dernier puisque l'infraction internationale est par principe intentionnelle. Ce standard suppose d'établir que le participant s'était correctement représenté l'entreprise d'ensemble (connaissance participative) et qu'il entendait s'associer à sa réalisation (volonté participative). Or, les textes comme la jurisprudence retiennent exclusivement ce premier élément ce qui revient à fixer le seuil de la responsabilité pénale au stade de l'action en connaissance de cause. Si cet état d'esprit peut satisfaire l'établissement de la culpabilité lorsqu'il permet de présumer une volonté d'agir, le particularisme de la criminalité internationale commande certaines précautions. En effet, cette déduction ne paraît pas autorisée en toute circonstance, notamment quand les accusés sont des exécutants. La systématiser emporte le risque d'une dilution de la culpabilité et ainsi d'un effacement de la dimension subjective de la responsabilité. Pour y

remédier, il semble nécessaire de situer l'intention requise à la manifestation d'un consentement participatif. Cela n'empêchera pas de présumer cette intention, à partir de la connaissance de l'agent, si les circonstances le permettent ; ainsi, l'administration ne devrait pas être compliquée outre mesure. En revanche, cela évitera que des individus dont les faits et gestes coïncident avec la ligne d'action collective par le seul jeu de la contingence puissent être déclarés responsables des infractions les plus graves qui soient, sans égard pour leur état d'esprit coupable.

CONCLUSION GÉNÉRALE

840. On dit que « *bien des choses se comprennent mieux qu'elles ne se définissent* »[1947]. Le désordre affectant la discipline du droit international pénal pouvait laisser penser, de prime abord, que la notion d'infraction internationale par nature vérifiait cet adage ; mais son étude structurelle laisse place à une tout autre conclusion.

841. En effet, l'infraction internationale par nature se présente, après analyse, comme une catégorie juridique harmonieuse, octroyant à ses différentes composantes la cohérence de l'unité. Organisée autour de la subtile interaction de deux éléments, un élément contextuel et un élément individuel, la notion fait figure de véritable système infractionnel dont la clef de voûte consiste dans *l'existence d'un projet d'ensemble visant à annihiler l'existence d'une entité collective*. L'étude de ces deux conditions fondamentales autour desquelles s'articule la notion d'infraction internationale aura en effet permis de montrer, d'une part, que la qualification internationale est fondée sur la mise en œuvre d'un tel projet et, d'autre part, que la responsabilité pénale internationale découle de la participation à telle mise en œuvre dudit projet.

842. En tant que critère de catégorisation des infractions internationales par nature, l'élément contextuel devait tout d'abord renseigner sur l'essence de la notion et permettre ainsi de comprendre ce qui la distingue de la criminalité de droit commun. Une telle recherche supposait, nécessairement de procéder à l'examen comparé des éléments contextuels des différentes infractions internationales existantes pour en inférer les critères de qualification constants. Cette analyse s'est révélée fructueuse. Par-delà les spécificités propres à chacun des crimes, se sont dessinés plusieurs traits communs à partir desquels il a pu être procédé à la systématisation des circonstances fondant la qualification de l'infraction internationale par nature.

843. La première constante ayant pu être identifiée se rapporte à la finalité de cette criminalité. Toutes les situations contextuelles couvertes mettent en effet en relief l'existence d'une activité infractionnelle tendue vers la réalisation d'un certain projet – une véritable entreprise, donc – à l'objet singulier : l'annihilation d'une entité collective. Derrière cette condition finaliste se profilent deux éléments de définition. D'une part, la qualité collective de la victime ciblée, qui constitue assurément la première caractéristique saillante des crimes internationaux. Il a pu effectivement être constaté que toutes les entreprises considérées, qu'elles soient martiales ou criminelles, visent une collectivité identifiée comme telle, c'est-à-

[1947] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, n°174, p. 233.

dire comme une totalité. D'autre part, la finalité de l'entreprise revêt également une dimension objective, se rapportant au but poursuivi. Là encore, l'unité s'est imposée parmi les différentes infractions, dès lors que tous leurs éléments contextuels couvrent un processus d'annihilation de la collectivité prise pour cible. Bien qu'elle trouve différentes expressions matérielles, la dynamique criminelle à l'œuvre porte invariablement à la dissipation de l'existence de l'entité stigmatisée.

Cet élément finaliste est essentiel à la compréhension de la notion. Il éclaire la spécificité des processus dans lesquels s'inscrivent les infractions internationales par nature et permet, en cela, de comprendre ce qui en fait une forme de criminalité à part. D'une part, le projet d'atteinte au groupe fournit le principe explicatif de l'institution de cette catégorie juridique. En compromettant la survie de collectivités entières, il apparaît effectivement que cette forme de criminalité « *dépasse et casse les ordres juridiques [internes]* »[1948], car il n'est plus question de la coexistence pacifique des individus évoluant au sein d'une collectivité nationale, mais de la coexistence de collectivités elles-mêmes. L'intérêt protégé transcende, ainsi, les intérêts particuliers des ordres nationaux et justifie l'émergence d'un ordre public universel. D'autre part, la destination particulière des infractions internationales par nature permet plus concrètement de tracer la frontière qui les sépare des autres formes de criminalité relevant du droit commun et en particulier, de la criminalité de masse. En effet, si d'autres types de processus illicites sont susceptibles d'engendrer l'atteinte d'une pluralité de victimes, dans le schéma de l'infraction internationale, l'atteinte du groupe n'est pas réductible à un effet dommageable. Autrement dit, elle n'est pas la simple résultante de l'atteinte diffuse d'une somme d'individus que réunit le jeu du hasard. Elle est un objectif ultime, un projet autour duquel sont structurées les entreprises d'ensemble.

844. Un deuxième élément qualifiant a ensuite été identifié. Il découle directement de la condition précédente et se rapporte, précisément, à sa mise en œuvre : il faut que l'entreprise soit conduite par une organisation. L'examen de cette condition a montré qu'elle est essentielle. Celle-ci cristallise, en effet, une exigence de capacité à mener à bien le projet d'atteinte au groupe, partant du principe qu'un individu isolé ne sera jamais en mesure de parvenir à accomplir un tel résultat. La légitimité des incriminations internationales repose entièrement sur cette aptitude criminelle. Aussi, la délimitation de leur champ d'application doit être guidée par ce critère de capacité. Il en découle une règle élémentaire, qui peut être formulée en deux temps. D'une part, *seules* les entreprises conduites par des organisations à même de détruire le groupe ciblé peuvent relever de l'infraction internationale par nature. Si ce principe est vérifié s'agissant de la qualification du crime d'agression, du crime de guerre et du crime contre l'humanité, la définition admise du génocide y fait entorse. L'analyse de cette exception a permis d'en contester le bien-fondé et a dès lors conduit à proposer son abandon *de lege ferenda*.

[1948] H. ARENDT et K. JASPERS, *Correspondance (1926-1969)*, préc., p. 100. v. *supra*, n°1.

L'incrimination du génocide doit être alignée sur celle des autres infractions, pour qu'y soit intégrée une condition d'organisation. D'autre part, si seules les organisations dotées d'une capacité martiale ou criminelle doivent être retenues, *toutes* les organisations répondant à ce critère doivent être justiciables du droit international pénal. Il s'ensuit qu'aucun autre élément que l'aptitude fonctionnelle du groupement ne doit être pris en considération. Ainsi, sa structuration institutionnelle ou encore le degré d'autorité dont il est pourvu demeurent indifférents. Cette idée est pleinement intégrée s'agissant du crime de guerre et du crime contre l'humanité, leur élément contextuel étant dorénavant ouvert aux forfaits des organisations étatiques comme des organisations privées. Elle doit pareillement gouverner la redéfinition proposée du génocide : toute organisation, quelle qu'elle soit, doit pouvoir être poursuivie pour peu qu'elle présente le potentiel destructeur requis. En revanche, cette seconde règle demeure écartée s'agissant du crime d'agression, sa qualification étant strictement limitée aux entreprises armées conduites par des États. Cette restriction tient essentiellement à des considérations historiques et politiques. Mais juridiquement, l'extension de la qualification aux agissements de groupes privés est admissible et cela permettrait, du reste, de pouvoir soumettre à l'office de la CPI certaines formes de criminalité terroristes.

845. Enfin, une troisième et dernière condition qualifiante a pu être inférée de la comparaison des éléments contextuels des infractions internationales par nature. Globalement, toutes sont soumises à un critère de massivité, lequel suppose d'établir que l'entreprise martiale ou criminelle a occasionné d'importants dommages humains voire matériels pour le groupe pris pour cible. En dépit de son ancrage solide dans le droit positif, cette condition s'est révélée dépourvue de pertinence, en ce qu'elle procède d'une confusion entre les réalités factuelles et les conditions juridiques de la criminalité internationale par nature. Ce critère semble avoir été intégré pour transcrire la particularité des entreprises saisies, qui tient à la qualité collective de leur cible. Toutefois, il ne parvient pas à remplir cette fonction, en ce sens que la lésion d'une pluralité de victimes n'induit pas l'existence d'une cible collective. Plus encore, il a pour conséquence de retarder l'intervention du droit international pénal au moment où le groupe a déjà été sérieusement lésé. Non seulement inutile, ce critère est ainsi inopportun, ce qui a conduit à proposer son abandon : si les entreprises martiales et criminelles *visent* une pluralité de victimes, constituée en un groupe, il faut retenir qu'elles ne doivent pas *impliquer matériellement* une pluralité de victimes.

846. À ce stade de l'analyse, l'essence des circonstances fondant la qualification internationale était pleinement révélée : *c'est l'existence d'une entreprise collective exposant une collectivité à un risque de disparition qui fonde la catégorie des infractions internationales par nature*. Essentielle à la conceptualisation de la notion, cette conclusion ne suffisait pas toutefois, à cerner pleinement son contenu. En effet, l'entreprise d'ensemble n'est pas, en tant que telle, constitutive de l'infraction internationale cette dernière se consommant par une

participation individuelle à la réalisation de ladite entreprise. Il fallait donc, dans un second temps, procéder à l'identification des participations incriminées, ce qui appelait l'analyse des faits sous-jacents décrits au sein des textes d'incrimination. Les différentes conduites recensées s'analysent en effet comme les différentes figures des participations sanctionnées ; leur étude a ainsi permis de mesurer les conditions et les limites de la responsabilité pénale internationale.

847. À partir des conditions objectives des faits sous-jacents incriminés, une classification typologique des participations répréhensibles a pu être établie. La comparaison des conduites constitutives de chaque infraction internationale a en effet révélé que le crime de guerre, le crime contre l'humanité et le génocide sont voués à réprimer des actes d'exécution de l'entreprise d'ensemble tandis que le crime d'agression sanctionne, quant à lui, des actes d'organisation. Si ce constat liminaire laissait déjà présager une certaine asymétrie de la réponse pénale à la criminalité internationale, la majorité des infractions apparaissant dédiée à la répression des actes d'exécution, ce déséquilibre s'est largement confirmé au cours de l'étude de ces deux catégories de participations. D'un côté, les actes d'exécution des entreprises martiales et criminelles sont incriminés dans une très large partie. Les critères de définition des incriminations sous-jacentes sont si souples que les infractions permettent d'atteindre la quasi-totalité des actes d'exécution susceptibles d'être perpétrés. D'un autre côté, la répression des actes d'organisation est au contraire extrêmement restreinte. Seule l'orchestration des entreprises d'agression est visée et ce, non sans certaines limites. L'organisation des entreprises criminelles échappe quant à elle aux normes d'incrimination : ni le texte d'incrimination du crime contre l'humanité ni celui du génocide n'érigent ce type de comportement en infraction. Or, les règles d'imputation en vigueur ne permettent pas de remédier à cette lacune. Cette défaillance du système normatif international commande la consécration de nouvelles incriminations sous-jacentes portant sur les actes des dirigeants et organisateurs des entreprises criminelles afin que leur sanction puisse être envisagée dans le strict respect des principes généraux du droit pénal.

848. Enfin, il a fallu préciser le degré d'intention requis aux fins d'engager la responsabilité des participants de l'entreprise d'ensemble, ce qui supposait se pencher sur l'élément moral des infractions internationales. Une différence importante a pu alors être mise en évidence entre le crime d'agression, le crime contre l'humanité et le crime de guerre, d'un côté, et le génocide, d'un autre côté. En effet, tandis que les premières ne requièrent pas l'adhésion de l'auteur au projet d'ensemble poursuivi, le crime de génocide est quant à lui subordonné à une telle exigence d'intention renforcée (dol spécial). Bien que cette condition bénéficie d'un solide ancrage dans le droit positif, celle-ci se montre toutefois dépourvue de bien-fondé et de pertinence si bien qu'il paraît indiqué de l'écarter des critères intentionnels du génocide *de lege ferenda*. Cela permettrait au demeurant d'aligner les conditions subjectives de la responsabilité pénale autour d'un dol général qui se manifeste, s'agissant de l'infraction

internationale, dans une volonté de participer à l'entreprise d'ensemble en connaissance de cause. En l'état actuel du droit positif, il est vrai que ce standard n'est pas véritablement respecté, la conscience de prendre part à l'entreprise étant généralement tenue pour suffisante. Idéalement, il faudrait pourtant que les deux critères mentionnés, à savoir la connaissance de l'entreprise et la volonté de s'y associer, soient vérifiés pour que la responsabilité des participants reflète leur pleine culpabilité.

849. L'analyse structurelle de l'infraction internationale par nature aura en somme porté ses fruits. Elle permet de cerner le fait individuel sanctionné par cette notion dans toute son originalité et amène à en proposer la définition générique suivante : l'infraction internationale par nature consiste en un *fait de participation intentionnel à une entreprise collective visant à détruire une collectivité déterminée*.

850. Cette définition acquise, il se dessine un modèle de comparaison auquel confronter les autres sortes de criminalités réputées graves afin de déterminer si la notion d'infraction internationale peut leur être ouverte. Or, le constat qui en ressort est que la majorité de ces crimes dont l'intégration à la catégorie est proposée n'y ont pas leur place.

Si l'on considère, d'abord, le trafic de stupéfiants et la corruption que certains représentants à la conférence de Rome ont cherché à faire entrer dans la sphère de compétence matérielle de la CPI, leur inclusion est *a priori* appuyée sur la dimension organisée et transfrontière de ce type de criminalité. Or il apparaît que ces deux critères ne sont pas déterminants de la notion. S'agissant de la transfrontalité, il s'agit proprement d'un critère indifférent étant donné que la criminalité internationale par nature peut tout à fait prendre place au sein des frontières d'un même État ; il n'y a guère que le crime d'agression qui implique, par définition, un franchissement de frontières. Quant à la dimension organisée de la criminalité internationale par nature, elle a beau constituer un critère nécessaire, elle n'en est pas pour autant un élément suffisant. Ce qui fonde la catégorie est la finalité de l'organisation à l'œuvre : celle-ci doit viser l'annihilation d'une collectivité identifiée comme telle. Or ni le trafic de stupéfiants ni la corruption ne vérifient ce critère essentiel, ce qui amène à considérer qu'ils doivent rester hors du champ notionnel de l'infraction internationale par nature.

Si l'on songe, ensuite, à la traite d'êtres humains qui, en plus d'être transfrontière et organisée, présente une dimension massive puisqu'elle implique, par définition, l'atteinte d'une pluralité de victimes, la conclusion est malgré tout identique. En effet, cet élément supplémentaire, la massivité du comportement infractionnel, n'est pas décisif de la qualification internationale par nature. Le critère est en réalité *qualitatif*, non quantitatif : peu importe qu'on puisse décompter de nombreuses victimes ; ce qui est véritablement déterminant est que, par-delà les victimes concrètement atteintes, se profile une volonté de léser un *groupe*, identifié comme tel. Ainsi, la catégorisation de la traite d'êtres humains en infraction internationale par nature ne saurait être appuyée sur la dimension massive de cette forme de criminalité. Il faudrait

pour cela vérifier le critère finaliste mis en exergue, ce qui suppose concrètement d'établir que l'organisation criminelle à l'œuvre cherchait à annihiler une collectivité donnée. Dans cette perspective, deux possibilités semblent s'ouvrir. Soit la traite d'être humain en cause procède de la dépréciation du groupe que composent les victimes, auquel cas la qualification internationale trouve effectivement à se justifier. Pour autant, cela ne requiert pas la consécration d'une infraction internationale autonome, le crime contre l'humanité pouvant ici s'appliquer. Soit la traite d'être humain se déploie contre des victimes certes plurielles mais non considérées à travers le groupe qu'elles incarnent et, dans ce cas, la visée collective fait défaut et la qualification internationale est par conséquent à exclure.

Dans le même ordre d'idées, ce critère finaliste au fondement de la notion devrait constituer la pierre d'achoppement à l'intégration de l'écocide à la catégorie des infractions internationales. À supposer que ce crime soit un jour consacré et défini – suivant les suggestions de la doctrine – comme une atteinte grave et irréversible à l'environnement naturel, la qualification de crime international par nature n'en paraîtrait pas pour autant opportune. L'obstacle ne tient pas tant à la nature de l'intérêt menacé. S'il a été démontré que les infractions internationales par nature protègent, au premier plan, l'existence de collectivités, cette rationalité pourrait être reconnue à l'écocide dans la mesure où la destruction d'un écosystème est effectivement susceptible de compromettre la survie du groupe qui l'habite. Mais pour que la catégorisation en infraction internationale se justifie, au regard de notre grille d'analyse, il faudrait encore que la dévastation de l'environnement en cause constitue l'objectif affiché d'une organisation criminelle donnée. Or, il paraît assez peu probable que la destruction d'un écosystème soit un jour recherchée, comme une fin en soi, par un collectif criminel. Selon toute vraisemblance, il semble que ce type de dommage constitue plutôt la méthode d'une pratique illicite d'un autre genre, telle que la construction d'infrastructures au détriment de la conservation de l'environnement ambiant. Sous cette perspective, la condition finaliste fait également défaut, l'atteinte à l'existence du groupe assortissant la destruction de l'écosystème ne s'analysant pas en un résultat recherché, en propre, par une organisation.

Enfin, il demeure la question du rattachement du terrorisme aux infractions internationales par nature, qui est celle qui suscite les plus abondantes discussions. Il est difficile d'y apporter une réponse ferme et tranchée compte tenu de la nébulosité des contours de l'infraction terroriste. À considérer ce type de crime comme la manifestation d'une criminalité tendant à déstabiliser les structures fondamentales de l'État, l'inclusion au sein des infractions internationale apparaît envisageable. Cette approche de l'infraction terroriste vérifie, en effet, le critère finaliste de l'infraction internationale par nature puisqu'on y retrouve l'existence d'un projet visant à détruire une entité collective, en l'occurrence l'État. Plus encore, son inclusion à la catégorie des infractions internationales peut sembler opportune dans la mesure où aucune qualification ne saisit, en l'état actuel du droit international, les entreprises de destruction étatique provenant de l'intérieur. En effet, la protection pénale de l'existence de l'État est pour l'instant exclusivement assurée par le crime d'agression, dont le domaine est limité au champ

des entreprises conduites par des États. Ainsi les actions subversives menées par des groupements privés échappent-elles, pour l'instant, à la répression pénale internationale. Ceci étant, il semble que l'incrimination du terrorisme en infraction internationale par nature, telle que défendue par la doctrine, soit adossée sur une autre conception de cette criminalité : plus que les atteintes à l'État qui en découleraient, ce sont en réalité les atteintes souffertes par les populations, du fait du terrorisme, qui sont le plus souvent invoquées au soutien de son admission en tant que crime international par nature. Or, posée en ces termes, la question appelle une tout autre solution, qui suppose de distinguer deux situations. Si l'atteinte de la population civile n'est que le moyen d'atteindre le but caractéristique du terrorisme, à savoir la destitution de l'État, l'entreprise ne satisfait pas, *a priori*, au critère finaliste car les victimes lésées (les membres de la population) ne sont pas sélectionnées pour ce qu'elles sont. Elles n'intéressent pas les criminels qui répandent alors la terreur, de manière aveugle et indiscriminée, au sein de la population, dans le seul but de faire plier l'État. Dans ce cas de figure, la catégorisation de l'attaque en infraction internationale, au regard de l'atteinte en masse des membres de la population civile, n'est donc pas justifiée, à défaut de visée du groupe, en tant que tel. En revanche, la situation serait différente si une organisation décidait d'éliminer une population donnée et qu'elle employait, à cet effet, des actes terrorisants, par exemple pour les faire quitter le territoire (comme dans l'hypothèse d'expulsion ethnique) puisque, dans ce cas, la visée collective serait vérifiée. Il reste que la dimension terroriste de l'entreprise se réduirait, le cas échéant, aux modalités d'actions de l'organisation et qu'ériger une incrimination internationale par nature, pour transcrire cette méthode criminelle particulière n'apparaît pas utile, dès lors que la qualification de crime contre l'humanité peut tout à fait s'appliquer à de tels agissements.

851. Ces conclusions permettent, en dernière analyse, de confirmer une intuition première : il faut résister à la tentation d'étendre la notion d'infraction internationale par nature pour de simples considérations d'opportunité répressive. Le droit des infractions internationales par nature a été créé pour une raison particulière : sanctionner les responsables des entreprises vouant à l'extinction des collectivités entières. Il doit le rester, à peine de dissiper la cohérence et la rationalité de cet ordre juridique bien particulier.

BIBLIOGRAPHIE

I- DICTIONNAIRES GENERAUX, LEXIQUES JURIDIQUES ET OUVRAGES NON JURIDIQUES

ARENDT H. :
- *Considérations morales*, Paris, Payot-Rivages, 1996
- *Les origines du totalitarisme, Eichmann à Jérusalem*, Paris, Gallimard, Quarto, 2002

ARENDT H., JASPERS K., *Correspondance (1926-1969)*, Lettre du 17 août 1946, L. Köhler et H. Saner (éd.)., trad. E. Kaufholz-Messmer, Paris, Payot, 1996

BEAUVALLET O. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, Berger Levrault, 2017

BIROU A., *Vocabulaire pratique des sciences sociales*, Paris, Les éditions ouvrières, 1966

BOUCHET-SAULNIER F., LAFFONT F., *Maudits soient les yeux fermés*, Paris, J.-C. Lattès, 1995

BROWNING C., *Politique nazie, travailleurs juifs, bourreaux allemands*, Paris, Les belles lettres, 2002

CHALLIAND G., *Anthologie mondiale de la stratégie*, Paris, Robert Laffont, 2001

VON CLAUSEWITZ C., *De la guerre*, 1832, éd. Rivages poches, coll. Petites Bibliothèque, 2014

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13ème éd., PUF, 2020

CHAGNOLLAUD D., DRAGO G. (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2010

DUBOIS J., MITTERAND H., DAUZAT A. (dir.), *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 2012

Dictionnaire en ligne du Centre national de ressources textuelles et lexicales

Encyclopædia Universalis

HOBSBAWN E.-J., *Age of extremes – The short Twentieth Century (1914-1991)*, Michael Joseph, London, 1994

KANT E., *Fondement de la métaphysique des mœurs*, Le livre de Poche, Classiques de la philosophie, 2012 (1ère éd. 1785)

LAGORGETTE J., *Le rôle de la guerre, Étude de sociologie générale*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1906

MBONGO P., HERVOUET H., SANTULLI S., *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, éd. Berger Levrault, 2014

REY-DEBOVE J., REY A. (dir.), *Le Nouveau Petit Robert*, Dictionnaires le Robert, 1996

RIALS S., ALLAND D. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003

SEMELIN J., *Purifier et détruire – Usages politiques des massacres et génocides*, Paris, Seuil, 2005

SALMON J., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001

II- TRAITES, MANUELS ET OUVRAGES JURIDIQUES GENERAUX

ASCENCIO H., DECAUX E., PELLET A.
- *Droit international pénal,* Paris, Pedone, 1ère éd., 2000
- *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2ème éd., 2012

BANTEKAS I., *International criminal law*, Hart Publishing, 2010

BASSIOUNI C., *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002

BECCARIA, C., *Des délits et des peines*, introduction, traduction et notes de P. Audegean, ENS Éditions, 2009

BELLIVIER F., EUDES M., FOUCHARD I., *Droit des crimes internationaux*, PUF, coll. Thémis Droit, 2018

BETTATI M., *Le droit de la guerre*, Odile Jacob, 2016

BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5ème éd., 2012

BERNARDINI R., DALLOZ M., *Droit criminel, Vol. II – L'infraction et la responsabilité*, 3ème éd., Bruylant, coll. Paradigme, 2017

BOULOC B., *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, Précis, 26ème éd., 2019

BOULOC B., MATSOPOULOU H., *Droit pénal général et procédure pénale*, Dalloz, Sirey, 21ème éd., 2018

BOUZAT P., PINATEL J., *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, Dalloz, 2ème éd. (mise à jour 15 nov. 1975)

CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Éta*t, t. I, Sirey, 1920, réed. Dalloz, 2003

CASSESE A., SCALIA D., THALMANN V., *Les grands arrêts du droit international pénal*, Dalloz, 2010

CASSESE A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 3ème éd., 2013

COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, Précis Domat-Montchrestien, LGDJ, Paris, 13ème éd., 2019

CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, Armand Colin, 7ème éd., 2004

CUMIN D., *Droit de la guerre*, *Traité sur l'emploi de la force armée en droit international*, L'Harmattan, coll. Droit comparé, LGDJ, 2015, vol. 3

D'ASPREMONT J., DE HEMPTINE J., *Droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 2012

DAVID E., *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, coll. droit international, 6ème éd., 2019

DECIMA O., DETRAZ S., VERNY E., *Droit pénal général*, LGDJ, 3ème éd., 2018

DECOCQ A., *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 1971

DE FROUVILLE O., *Droit international pénal – Sources, Incriminations, Responsabilité*, Paris, Pedone, coll. études internationales, 2012

DESPORTES F., LE GUHENEC F., *Droit pénal général*, Economica, 13ème éd., 2006

DREYER E., *Droit pénal général*, Lexis Nexis, 5ème éd., 2019

DUPUY P.-M., KERBRAT Y., *Droit international public*, Dalloz, Précis, 15ème éd., 2020

GARÇON E., *Code pénal annoté*, *Nouvelle édition refondue et mise à jour par Marcel Rousselet, Maurice Patin et Marc Ancel*, t. 1, Paris, Sirey, 1952

GARRAUD R., *Précis de droit criminel*, 5ème éd., 1895

GLASER S.,
- *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Bruylant – Sirey, 1954
- *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1970

HENCKAERTS J.-M, DOSWALD-BECK L., *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2006

HOBBES T., *Léviathan ou matière, Forme et puissance de l'État chrétien et civil*, Paris, Gallimard, Folio Essais, 2000 (1ère éd. 1651)

HUET A., KOERING-JOULIN R., *Droit pénal international*, PUF, coll. Thémis, 2005

JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 1988

KOLB R.,
- *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, Précis, (Collection de droit international public), 2009
- *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2ème éd., 2013

KOLB R., SCALIA D. (dir.), *Droit international pénal*, Helbing Lichtenhahn, Précis, coll. de droit international public, 2ème éd., 2012

LOMBOIS C. :
- *Droit pénal général*, Paris, Hachette, coll. fondamentaux, 1994
- *Droit international pénal*, Paris, Dalloz, Précis, 2ème éd., 1979

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, P.U.F., coll. droit fondamental, 6ème éd., 2018

MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 7ème éd., 1967

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Nourse, 1772, t. 1

PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, 11ème éd., 2020

PLAWSKI S., *Étude des principes fondamentaux du droit international pénal*, Paris, LGDJ, 1972

PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, Précis, 4ème éd., 2016

RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Ellipses, 4ème éd., 2017

REBUT D., *Droit pénal international*, Dalloz, Précis, 3ème éd., 2019

RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 7ème éd., 2017

ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, 6ème éd., 2005

ROUX J.-A., *Cours de droit criminel français*, Paris, L. Tenin, 2ème éd., 1927, t. 1

SALVAGE P., *Droit pénal général*, Presses Universitaires de Grenoble, 8ème éd., 2016

SCELLE G., *Précis de droit des gens*, réédition Dalloz, 2008

SIBERT M., *Traité de droit international public*, t. 1, 1951

VERHOEVEN J., *Droit international public*, Précis de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Larcier, 2000

VOUIN R., *Manuel de droit criminel*, LGDJ, 1949

VOUIN R., LEAUTE J., *Droit pénal général et criminologie*, PUF, coll. Thémis Droit, 1969

WERLE G., JESSBERGER F., *Principles of international criminal law*, Oxford university press, 3rd éd., 2014

III- ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES

BERNARDINI R., « Légitime défense », *Rép. Pén*. Dalloz, 2017

CARREAU D., « État » *Rép. Pén.*, Dalloz, 2010

JUROVICS Y., EUDES M., *J.-Cl. Droit international*, fasc. 412 : Crime de guerre, 2011

LEMASSON A.-T., TRUCHE P., BOURETZ P., « Justice internationale pénale (crimes) », *Rép. pén.,* Dalloz, oct. 2019

PREZAS I., : « Crime d'agression. – Définition du crime d'agression. – Répression du crime d'agression », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 450

IV- THESES, MONOGRAPHIES ET OUVRAGES SPECIALISES

AIVO G., *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2013

ALIX J., *Terrorisme et droit pénal : étude critique des incriminations terroristes*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, vol. 91, 2010

AMBOS K., *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Pons, 2006

ARONEANU E., *Le crime contre l'humanité*, Paris, Dalloz, 1961

BARON E., *La coaction en droit pénal*, Thèse, Bordeaux, 2012

BASSIOUNI C. :
- *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 2ème éd., 1999
- *The legislative history of the International criminal court, introduction, analysis and integrated text,* vol. 1, New-York, Transnational publishers, coll. « International and comparative law series », 2005

BONAFÈ B.-I., *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009

BROWNLIE I., *International law and the use of force by state*, Oxford University Press, 1963

BRUDERLEIN C., *The role of non-state actors in building human security – The case of armed-groups in intra-state wars*, Centre for humanitarian dialogue, Genève, 2000

CALVO E., *Accidents de masse et responsabilité pénale*, Thèse, Bordeaux, 2018

CASSESE A.,
- *The Rome statute of the international criminal court,* Oxford University Press, 2002
- *The oxford companion to international criminal justice*, Oxford university press, 2009

CASSESE A., GAETA P., *Cassese's international criminal law*, Oxford University Press, 3ème éd., 2013

CASSELLA S., *La nécessité en droit international, De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Thèse, Brill-Nijhoff, 2011, p. 238.
CASSIA P., *Dignité(s)*, Dalloz, coll. les sens du droit, 2016

CORTEN O., *Le droit contre la guerre*, *– L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, Pedone, 2ème éd., 2014

CURRAT P., *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2006

DANA A.-C., *Essai sur la notion d'infraction pénale*, préf. A. Decocq, Paris, LGDJ, 1982

DANLOS J., *De l'idée de crimes contre l'humanité en droit international*, Thèse de Philosophie, Université de Caen, 2010

DE FROUVILLE, O. *Punir les crimes de masse - Entreprise criminelle commune ou co-action ?*, Anthémis, Droit et Justice, n°99, 2012

DE WET E., *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, 2004

DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil, 1994

DINSTEIN Y., *War aggression and self-defence*, Cambridge University Press, 6ème éd., 2017

DUFFOURC M., *La participation à l'infraction internationale*, thèse, Bordeaux, 2013

FERNANDEZ J, PACREAU X, UBEDA-SAILLARD M. (Dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2ème éd., 2019

FOUCHARD I., *Crimes internationaux, entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014

FURET M.-F., MARTINEZ J.-C., DORANDEU H., *La guerre et le droit*, Paris, Pedone, 1979

GARAPON A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner, Pour une justice internationale*, Paris, Odile Jacob, 2002

GIL GIL A., *Derecho Penal Internacional : especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999

GLASER S., *Infraction internationale, ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, Paris, LGDJ, 1957

GOUILLOU B., *Crimes de masse et responsabilité individuelle*, Champ pénal, XXXIVème Congrès français de criminologie, Responsabilité/Irresponsabilité pénale, Agen, Septembre 2004

GREENSPAN M., *The modern law of land warfare*, Berkeley and los Angeles, University of California Press, 1959

GRIGNON J., *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Genève, Schulthess éd. Romandes, 2014

GRYNFOGEL C., *Le crime contre l'humanité, notion et régime juridique*, thèse, Toulouse, 1991

HENRY E., *Le principe de nécessité militaire, Histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire*, préf. G. Distefano et R. Kolb, Thèse, Paris, Pedone, 2000

HOBBES T., *Léviathan ou matière, Forme et puissance de l'État chrétien et civil*, Paris, Gallimard, Folio Essais, 2000 (1ère éd. 1651)

HOSSEINI NASSAB M., *L'infraction obstacle en droit international pénal, innovation ou révélation ?* préf. J.-F. Roulot, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2019

JACQUELIN M., *L'incrimination de génocide, étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français*, LGDJ, Fondation Varenne, coll. des thèses, vol. 62, 2013

JUROVICS Y., *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, préf. B. Stern, LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire, t. 116, 2002

KAMTO M., *L'agression en droit international*, Paris, Pedone, 2010

KOLB R., VITE S., *Le droit de l'occupation militaire, Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruxelles, Bruylant, 2009

KOUTROULIS V. :
- *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Paris, Pedone, 2010
- *Jus ad/contra bellum, Le droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, Bruylant, Bruxelles, 2013

LACAZE M., *Réflexion sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préf. A. d'Hauteville, LGDJ, fondation Varenne, coll. des thèses, 2011

LE BRIS C., *L'humanité saisie par le droit international public*, LGDJ, Bibliothèque de droit international et de droit de l'union européenne, t. 127, 2012

LEMKIN R., *Qu'est-ce qu'un génocide ?*, Paris, Ed. du Rocher, Coll. « Démocratie et totalitarisme », 2008

MAISON R. :
- *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public,* Bruxelles, Bruylant, 2004, coll. de droit international, vol. 56
- *Justice pénale internationale*, PUF, Manuel, coll. Droit fondamental, 2017

MCDOUGALL C., *The crime of aggression under the Rome statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2013

MERON T., *The humanization of international law*, The Hague Academy of International Law Monographs, Martinus Nijhoff Publishers, 2006

METANGMO V.-M., *Le crime d'agression : recherches sur l'originalité d'un crime à la croisée du droit international pénal et du droit international du maintien de la paix*, Thèse, Lille II, 2012

METTRAUX G., *International Crimes and the* ad hoc *Tribunals,* Oxford University Press, 2005

MEYROWITZ H., *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n°10 du conseil de contrôle allié*, Paris, LGDJ, 1960

MPINDA A., *Forces et faiblesses de la Cour pénale internationale*, éditions de l'Onde, 2019

NOLLEZ-GOLDBACH R., SAADA J., *La justice pénale internationale face aux crimes de masse, Approches critiques*, Paris, Pedone, 2014

OSEIL M., *Juger les crimes de masse, La mémoire collective et le droit*, Paris, Seuil, 2006

PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, préf. G. Guidicelli-Delage et A. Bernardi, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, t. 48, 2010

PELLA V., *La guerre-crime et les criminels de guerre : réflexions sur la justice pénale internationale, ce qu'elle est et ce qu'elle devrait être*, Neuchatel, éd. de la Baconnière, 1964

PETRASEK D., *Ends & means : Human Rights Approaches to Armed Groups*, International Council on Human Rights Policy, 2000

PICTET J. :
- *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. I
- *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. II
- *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. III
- *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. IV

PILLET A., *Recherche sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*, Paris, Pedone, 1899

PIN X., *Le consentement en matière pénale*, préf. P. Maistre du Chambon, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 36, 2002

POMPE C., *Aggressive war : An international crime*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1953

QUIGLEY J., *The genocide convention. An international law analysis*, Routledge, Coll. International and comparative criminal justice, 2006

RABUT-BONALDI R., *Le préjudice en droit pénal*, préf. J.-C. Saint-Pau, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 159, 2016

ROULOT J.-F., *Le crime contre l'humanité*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003

ROXIN C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ème éd., Berlin, De Gruyter, 2006.

SANDOZ Y., SWINARSKI C., ZIMMERMANN B. (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986

SCHABAS W. :
- *Genocide in international law*, *The crime of crimes*, Cambridge University Press, 2ème éd., 2009
- *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 4ème éd., 2011
- *The international criminal court, A commentary on the Rome statute*, Oxford University Press, 2nd éd., 2016

SCHABAS W, BERNAZ M. (Dir.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, London, New-York : Routledge, 2010

STAHN C., *A critical introduction to international criminal law*, Cambridge University Press, 2018

TRIFFTERER O (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* Munchen, Beck, 2ème éd., 2008

TRIFFTERER O., AMBOS K., *The Rome statute of the International criminal Court, A commentary*, C.H.Beck/Hart/Nomos, 3ème éd., 2016

VAURS CHAUMETTE A.-L., *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?* préf. Alain Pellet, Thèse, Paris, Pedone, 2009

YAYA DOUMBE BRUNET M., *Crime contre l'humanité et terrorisme*, Thèse, Poitiers, 2014

V- ARTICLES, NOTES, ETUDES ET CHRONIQUES

AMBOS K. :
- « Article 25 », in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, dir.* O. Triffterer (dir.), Munchen, Beck, 2nd ed., 2008
- « Selected issues regarding the "core crime" in international criminal law » in *International criminal law : Quo vadis* ?, Proceedings of the international conference held in Siracusa, Italy, 28 nov. – 3 déc. 2002, AIDP, Nouvelles études pénales, Eres, n°19, 2004, p. 199
- « Some preliminary reflections on the mens rea requirements of the crimes of the ICC Statute and of the Elements of crimes » in *Man's inhumanity to man. Essays on*

international law in honour of Antonio Cassese, La Haye, Kluwer Law international, coll. International law series, 2003, pp. 16-17.
- « Command responsibility and *Organisationsherrschaft* : ways of attributing international crimes to the "most responsible" » in *System criminality in international law*, dir. A. Nollkaemper et H. van der Wilt, Cambridge, 2009, p. 144.
- « What does "intent to destroy" in genocide mean?" », *RICR*, vol. 91, n°876, déc. 2009, pp. 833-858
- « The crime of aggression after Kampala », *German Yearbook of International Law*, vol. 53, 2010, p. 488
- « Criminologically explained reality of genocide, structure of the offence and the "intent to destroy requirement" » in A. SMEULERS (dir.), *Collective violence and international criminal justice, an interdisciplinary approach*, Intersentia, Cambridge, 2010, 153-154.

AMBOS K., WIRTH S., « The current law of crimes against humanity : an analysis of UNTAET Regulation A5/2000 », *Criminal Law forum*, vol. 13, 2002, p. 25

ASCENSIO H., « Une entrée mesurée dans la modernité du droit international pénal – À propos de la loi du 9 août 2010 », *JCP G*, 2010, étude 910, n° 2

ASCENSIO H., MAISON R. :
- « L'activité des tribunaux pénaux internationaux (1999) », *AFDI*, vol. 45, 1999, p. 504
- « L'activité des juridictions pénales internationales (2003-2004) », *AFDI*, vol. 50, 2004, p. 460

BADAR M. E., « "Just Convict Everyone!" – Joint Perpetration : From *Tadić* to *Stakić* and Back Again », *ICLR*, 2006, vol. 6, p. 302

BARDET M., « La résolution des concours de qualifications devant la Cour pénale internationale » in *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, dir. T. Herran, Paris, Pedone, 2020, pp. 165-180

BASDEVANT J., « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 058, 1936, p. 578

BASSIOUNI C., « Projet de Code pénal international », *RIDP* 1981, Erès, p. 43 et s.

BAULOZ C., « Le droit international humanitaire à l'épreuve des groupes armés non-étatiques », *in Permanence et mutations du droit international humanitaire*, dir. V. Chetail, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 221

BEAUVALLET O., « Article 6. Crime de génocide », *in Statut de Rome de la Cour pénale internationale, commentaire article par article* , dir. J. Fernandez, X. Pacreau et M. Ubéda-Saillard, t. 1, Paris, Pedone, 2ème éd., 2019.

BISIOU Y., « Le concept de crime organisé en France », *Criminalité organisée : des représentations sociales aux définitions juridiques*, dir. M.-L. Cesoni, LGDJ/Georg éditeur/ Buylant – 2004, p. 626.

BOGDAN A., « Individual Criminal Responsibility in the Execution of a "Joint Criminal Enterprise" in the Jurisprudence of the *ad hoc* International Tribunal for the Former Yugoslavia », *ICLR,* 2006, pp. 118-220

BONAFE B. I., « Finding a Proper Role for Command Responsibility », *JICJ*, vol. 5, 2007, pp. 599-618

BOYLE D., « Génocide et crimes contre l'humanité : convergences et divergences », *in La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc, étude des law clinics en droit pénal international*, dir. E. Fronza et S. Manacorda, Paris/Milan, Dalloz/Giuffrè, 2003, p. 136

BULTZ A., « Redefining Apartheid in International Criminal Law », *Criminal law forum*, juin 2013, vol. 24, p. 225

CAHIER P., « Changement et continuité du droit international », *RCADI*, vol. 195, 1985, p. 34

CAHN O. :
- « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », *Actes de la journée d'études radicale : le principe de nécessité en droit pénal*, dir. O. Cahn et K. Parot, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012 , Lextenso, 2013, pp. 17-63.
- « Le droit du Statut de Rome, un droit pénal de l'ennemi ? » in *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, dir. T. Herran, Paris, Pedone, 2020, pp. 75-99.

CANNIZZARO E., « Contextualisation de la proportionnalité : *jus ad bellum* et *jus in bello* dans la guerre du Liban », *RICR*, vol. 88, 2006, pp. 275-290

CARRILLO-SUAREZ A., « Hors de logique : Contemporary issues in international humanitarian law as applied to internal armed conflict », *American University international law review*, vol. 15, n°1, 1999, p. 73

CASSESE A. :
- « Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law », *EJIL*, vol. 12, n°5, 1er déc. 2001, pp. 994-995
- « The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise », *JICJ*, vol. 5, 2007, p. 114
- « Genocide », *The Oxford Companion to International Criminal Justice,* dir. A. Cassese, Oxford University Press, 2009, p. 332
- « The nexus requirement for war crimes », *JICJ*, vol. 10, 2012, pp. 1413-1414

CHESTERMAN S., « An altogether different order : defining the elements of crimes against humanity », *Duke journal of comparative & international law*, vol. 10, 2000, pp. 317-344

CLARCK B., « Proportionnality in armed conflicts : a principle in need of clarification ? », *International Humanitarian Legal Studies*, vol. 3, 2012, p. 73

CLARK R., « The mental element in international criminal law : The Rome Statute of the International Criminal Court and the elements of offences », *Criminal law forum*, 2001, p. 306

CLAVERIE-ROUSSET C., « La légalité criminelle », *Dr. pénal* 2011, étude 16

CLAVERIE E., MAISON R., « L'"entreprise criminelle commune" devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *in* P. TRUCHE, *Juger les crimes contre l'humanité vingt ans après le procès Barbie*, ENS Editions, Lyon, 2009, p. 188

CRYER R., « The definitions of international crimes in the Al Bashir arrest wanted decision » *JICJ*, 2019, vol. 7, n°2, pp. 283-296

CONDORELLI L., « La définition des infractions internationales – Présentation de la 2ème partie », *Droit international pénal*, dir. H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet, Paris, Pedone, 1ère éd., 2000, p. 241

CORTEN O. :
- « La nécessité et le jus ad bellum » in SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2007, p. 132
- « L'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du Crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie) : vers un assouplissement des conditions permettant d'engager la responsabilité d'un État pour génocide ? » in *AFDI*, vol. 53, 2007. p. 254

CHAUMONT C. :
- « Recherches du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960
- « La recherche d'un critère pour l'intégration de la guérilla au droit international humanitaire contemporain », in *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 53

CULLEN A. :
- « Key developments affecting the scope of internal armed conflict in international humanitarian law », *Military law review*, vol. 183, 2005, pp. 76-77
- « War crimes », *Routledge Handbook of International Criminal Law*, dir. W. Schabas et N. Bernaz, London, New-York : Routledge, 2010, p. 148

CUPIDO M., « The contextual embedding of genocide : a casuistic analysis of the interplay between law and facts », *Melbourne Journal of international law*, vol. 15, 2014, p. 380

D'AMBROSIO L., « Vers une droit pénal commun de l'environnement : critères et techniques d'incrimination », in *Des Ecocrimes à l'Ecocide*, dir. L. Neyret, Bruylant, 2015, p. 87

DAMASKA M., « The Shadow Side of Command Responsibility », *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, pp. 455-496

DANNER A.-M., « The Nuremberg Industrialist Prosecutions and Aggressive War », *Virginia Journal of international law*, vol. 46, n°3, 2006, p. 675

DANNER A.-M., MARTINEZ J.-S., « Guilty Associations : Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law », *California Law Review*, vol 93, 2005, n°134-137

DAUTRICOURT J., « Nature et fondement du droit pénal universel », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1949-1950, n°10, pp. 1024-1061

DE FROUVILLE O., « Joint criminal enterprise and coaction : a comparaison », *Punir les crimes de masse : entreprise criminelle commune ou coaction ?*, Actes de la journée d'études du 14 mai 2010, coll. droit et justice, 2012, p. 138.

DE VISSCHER C., « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », *RGDIP*, 1917, p. 100

DEGUZMAN M.-M., « Crimes against humanity », in *Routledge Handbook of International Criminal Law*, dir. W. Schabas et N. Bernaz, London, New-York : Routledge, 2010, p. 131

DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P., « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la Chambre criminelle du 23 janvier 1997 », *D.* 1997, chron. p. 249

DELMAS-MARTY M., « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », *RSC* 1994, p. 477

DI FILIPPO M., « Terrorist Crimes and International Co-operation : Critical Remarks on the Definition and Inclusion of Terrorism in the Category of International Crimes », *EJIL*, vol. 19, n°3, 2008, p 567

DONNEDIEU DE VABRES H., « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *RCADI*, vol. 70, 1947, p. 525

DUGARD J., « Apartheid » *in Droit international pénal,* dir. H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, Paris, Pedone, 2ème éd. 2012, p. 201

DUMONT H., « Le crime de génocide : construction d'un paradigme pluridisciplinaire », *Criminologie*, vol. 39, n°2, 2006, p. 11

DUMOUCHEL P., « Mimétisme et massacres », *Les cahiers de la justice, Revue trimestrielle de l'école de la magistrature*, Dalloz, vol. 1, 2011, p. 34

DUPEYRON C., « L'infraction collective », *RSC* 1973, p. 357

DURRANT R., « Collective violence : an evolutionary perspective », *Aggression and Violent Behavior,* vol. 16, n°5, 2011, p. 429

DUTTWILER M., « Liability for Omission in International Criminal Law », *ICLR*, vol. 6, n°1, 2006, pp. 30-44

EDELMAN B., « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, p. 185, n°6

ESPOSITO A., « La définition des crimes et le rôle du droit comparé : comment les juges comblent les lacunes normatives », *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc, Études des law clinics en droit pénal international*, dir. E. Fronza et S. Manacorda, Dalloz, Giuffrè, 2003, p. 42

FABRE-MAGNAN M., « La dignité en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 58, n° 1, 2007, p. 7

FENRICK W.-J., « Interdictions et restrictions apportées à l'utilisation de certains moyens et méthodes de guerre », *Études internationales*, vol. 23, n°4, 1992, p. 820

FIERENS J., « La responsabilité pénale des auteurs de crimes de masse », *in La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale : actes du colloque des 28-29 avril 2005* (Perspectives criminologiques), Larcier, 2006, pp. 61-79

FINNIN S., « Mental element under article 30 of the Rome Statute of the International criminal court : A comparative analysis », *International and Comparative Law Quaterly*, vol. 61, 2012, pp. 325-359

FLETCHER G. P., OHLIN J. D., « Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case », *JICJ*, vol. 3, 2005, p. 548

FONZA E. et GUILLOU N., « Vers une définition du crime international d'écocide » *in Des écocrimes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement*, dir. L. NEYRET Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 132

FOUCHARD I., « De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes », *RIEJ*, 2013/2, vol. 71, p. 59

GAETA P., « Genocide », *Routledge Handbook of International Criminal Law*, dir. W. Schabas et N. Bernaz, London, New-York : Routledge, 2010, p. 114

GARAPON A., « De Nuremberg au TPI : naissance d'une justice universelle ? », *Critique internationale*, vol. 5., 1999, p. 172

GIL GIL A. :

- « Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional » in *La nueva justicia penal internacional : desarrollos post-Roma*, dir. K. Ambos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002
- « Responsabilidad penal individual en la sentencia Lubanga. Coautoría » in *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional : el caso Lubanga*, dir. K. Ambos, E. Malarino et C. Steiner,Berlin, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 279

GIL GIL, A., MACULAN E., « Current Trends in the Definition of Perpetrator by the International Criminal Court : From the Decision on the Confirmation of Charges in the Lubanga Case to the Katanga Judgment », *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, 2015, p. 354

GILLETT M., « The Anatomy of an International Crime : Aggression at the International Criminal Court », *ICLR*, vol. 13, 2013, p. 842

GLASER S., « Culpabilité en droit international pénal », *RCADI*, Brill-Nijhoff, 1960, vol. 099, p. 479

GLENNON M. J., « The Blank-prose Crime of aggression », *Yale Journal of international Law*, vol. 35, n°1, 2010, p. 101-102

GOGORZA A. :
- « La dignité humaine », *Traité des droits de la personnalité*, dir. J.-C. Saint-Pau, Lexis Nexis, coll. Traités, 2013, pp. 93-186
- « Le terrorisme : une catégorie juridique », *Les politiques criminelles antiterroristes en Europe, Actes du colloque annuel de droit pénal comparé de l'ISCJ*, Les colloques de *l'ISCJ,* n° 1 – juin 2017, n°17 (disponible en ligne : https://iscj.u-bordeaux.fr/les-politiques-criminelles.html)
- « Rohingyas en Birmanie : quel rôle pour le droit pénal international ? », *D.* 2017, p. 2360
- « Existe-t-il un crime international écologique ? », in *La protection pénale de l'environnement,* dir. A. Gogorza et R. Ollard, Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux, n°4, Cujas, 2014, p. 381 et s.

GOLDSMITH K., « The issue of intent in the genocide Convention and its effect on the prevention and punishment of the crime of genocide : toward a knowledge-based approach », *Genocide Studies and Prevention : An International Journal*, Vol. 5, n°3, article 3

GRAVEN J. :
- « Les crimes contre l'humanité », *RCADI*, vol. 076, 1950, p. 543-544.
- « Principes fondamentaux d'un Code répressif des Crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, 1950
- « La répression du crime contre l'humanité », Actes officiels de la VIIIème Conférence internationale pour l'unification du droit pénal, Paris, Pedone, 1949, p. 156

GRAZIANO M., MEI L., « The Crime of Aggression under the Rome Statute and Implications for Corporate Accountability », *Harvard International Law Journal,* Vol. 58, spring 2017, p. 56-57

GREENAWALT A. K. A., « Rethinking Genocidal Intent : The Case for a Knowledge-Based Interpretation », in *Columbia Law Review*, 1999, p. 2265

GREENWOOD C. :
- « The Concept of War in Modern International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, 1987, p. 286
- « Historical development and legal basis », *The handbook of humanitarian law in armed conflicts*, dir. D. Fleck, New-York, Oxford University Press, 1995, p. 33

GRIGNON J., « Le début de l'application du droit international humanitaire. Discussion autour de quelques défis » *RICR*, vol. 96, 2014, p. 119

GUILLAUME G., « Terrorisme et droit international », *RCADI*, vol. 215, 1989, p. 305, n°3

HALL C., « Crimes Against Humanity » in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, dir. O. Triffterer, Munchen, Beck, 2nd ed., 2008, p. 295.

HELLER K.:
- « Retreat from Nuremberg : The Leadership Requirement in the Crime of Aggression », *EJIL*, vol. 18, n°3, 2007, p. 490
- « The Majority's Problematic Interpretation of Genocide's Contextual Element », *Opinio juris*, 6 mars 2009, disponible à l'adresse url suivante :

http://opiniojuris.org/2009/03/06/the-majoritys-problematic-interpretation-of-genocides-contextual-element/

HUYGHE F.-B., « L'impureté de la guerre », *RICR*, vol. 91, Sélection française, 2009, p. 24

JAIN N., « The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law », *Chicago Journal of international criminal law*, vol. 12, 2011, p. 193

JALLOH C., « What makes a crime against humanity a crime against humanity », *American University International Law Review*, 2013, vol. 28, n°2, p. 421 et s.

JODOIN S., « Terrorism as a war crime », *ICLR* 2007, vol. 7, pp. 77-115

JONES J. R.W. D., « Whose intent is it anyway ? Genocide intent to destroy a group », *Man's inhumanity to man. Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer Law international, coll. International law series, 2003, p. 475

KAUL H.-P., « The Crime of Aggression - Definitional Options for the Way Forward », *The International Criminal Court and the Crime of Aggression,* dir. M. Politi, G. Nesi, Ashgate Publishing Ltd., 2004, p. 103

KELSEN H., « Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations », *American Journal of International Law*, vol. 42, n°4, 1948, pp. 784-785

KIRSCH S., « The two notions of genocide : distinguish macro phenomena and individual misconduct », *Creighton Law Review*, vol. 42, 2009, p. 354

KIRSCH P., « Terrorisme, crimes contre l'humanité et Cour pénale internationale », *Livre Noir*, S.O.S. Attentats, février 2002, p. 119 et s.

KRESS C. :

- « War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 30, 2000, p. 188
- « The crime of genocide under international law », *ICLR*, vol. 6, 2006, p. 471.
- « The crime of aggression before the first review of the ICC statute », *Leiden Journal of International law*, vol. 20, n°4, 2007, p. 855, n°2.1.
- « The crime of genocide and contextual elements – A comment on the ICC pre-trial chamber's decision in the Al Bashir case », *JICJ*, vol. 7, 2009, p. 300.
- « Time for Decision : Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression », *EJIL*, vol. 20, 2009, p. 1139.
- « On the Outer Limits of Crimes against Humanity : The Concept of Organization within the Policy Requirement : Some reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision », *Leiden journal of international law*, vol. 23, 2010, p. 865
- « The darfur report and genocidal intent », *JICJ*, vol. 3, n°3, 2005, pp. 562–578

KRESS C. et VON HOLTZENDORFF L., « The Kampala Compromise on the Crime of aggression », *JICJ*, Vol. 8, n°5, 1 nov. 2010, p. 1207

KRITSIOTIS D., « The tremors of *Tadić* », *Israel Law Review*, 2010, vol. 43, p. 280

JUROVICS Y., « Sur les catégories juridiques de crimes contre l'humanité et de génocide » in *Peines de guerre, la justice pénale internationale et l'ex-Yougoslavie*, dir. I. Delpla et M. Bessone, Paris, EHESS, 2010, p. 58

KOLB R., « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle » *in* SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2007, p. 165

LAGOUTTE J., « L'apport du droit pénal international à la réaction aux risques et dommages environnementaux », *L'apport du droit privé à la protection de l'environnement*, dir. J. Lagoutte et C.-M. Alves, Actes du colloque du 24 et 25 septembre 2020 (à paraître)

LA ROSA A.-M., VILLALPANDO S., « Le crime de génocide revisité – Nouveau regard sur la définition de la Convention de 1948 à l'heure de son cinquantième anniversaire – Tentative d'appréhension théorique des éléments constitutifs du crime », in *Génocide(s)*, Bruxelles, dir. K. Boustany et D. Dormoy, Bruylant, coll. de droit international, 1999, p. 86.

LA ROSA A.-M., WUERZNER C., « Armed groups, sanctions and the implementation of international humanitarian law », *RICR*, vol. 90, n°870, juin 2008, p. 329

LANDA GOROSTIZA J.-M., « La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española : Reflexiones críticas », *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010, n°12-10

LEMAN-LANGLOIS S., « Le mégacrime, légitimité, légalité et obéissance » in *Criminologie*, vol. 39, n°2, 2006, p. 27

LEMASSON A.-T., « Le crime contre la paix ou crime d'agression : de la réactivation d'une infraction de droit international classique », *RSC* 2006, p. 275, n°20

LINGAAS C., « The Crime against Humanity of Apartheid in a Post-Apartheid World », *Oslo Law Review*, 2015, vol. 2, p. 102

LOMBOIS C., « Un crime international en droit positif français. L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », in *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1997, p. 372

LOTSTEEN Y., « The Concept of Belligerency in International Law », *Military law review*, vol. 166, 2000, p. 130

LUBAN D., « A theory of crimes against humanity », *Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004, p. 117

MALABAT V. :
- « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal », *Dr. pén*. 2006, p. 23
- « Prescription et imprescriptibilité des infractions internationales », *Droit international pénal* dir. H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, Paris, Pedone, 2012, 2ème éd., pp. 573-591
- « Article 22 – *Nullum crimen sine lege* », *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article*, Dir. J. Fernandez, X. Pacreau, M. Ubeda-Saillard, Paris, Pedone, 2ème éd., 2019, p. 979

MANACORDA S., MELONI C., « Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise : Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law », *JICJ,* vol. 9, 2011, p. 165

MARTENS P., « L'Humanité comme sujet de droit », *Le droit saisi par le collectif*, dir. T. Berns, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 224-225

MATHIEU B., « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme » *D.* 1995, p. 235

MASSE M. :
- « La place du droit pénal dans les relations internationales », *RSC* 2000, p. 123
- « A la recherche d'un plan, peut-être même d'un titre, pour une nouvelle discipline juridique », *Apprendre à douter : questions de droit, questions sur le droit – études offertes à Claude Lombois*, Limoges, PULIM, 2004, pp. 719-733
- « Le crime contre l'humanité dans le droit », *Juger les crimes contre l'humanité 20 ans après le procès Barbie*, dir. P. Truche, ENS éditions, 2009 p. 68
- « La criminalité terroriste », *RSC* 2012, p. 89

MAYAUD Y. :
- « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 597
- « Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé », *Revue Internationale de Droit Pénal*, Eres, vol. 68, n°3-4, 1997, p. 802

MAYER D., « Leçons à tirer des quelques rares expériences de fonctionnement des tribunaux pénaux internationaux », *D.* 1999, pp. 214-217

MELONI C., « Command Responsibility », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 619-637

METTRAUX G., « Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda », *Harvard international law journal*, vol 43, n°1, 2002, p. 255

MILANOVIC M. et HADZI-VIDANOVIC V., « A taxonomy of armed conflict », *Research handbook on international conflict and security law : jus ad bellum, jus in bello and jus post bellum*, dir. N White et C. Henderson C., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, p. 6.

MOLINS F., « Actes de terrorisme, nouvelles formes de crime contre l'humanité ? » in *Soixante-dix ans après Nuremberg : juger le crime contre l'humanité*, dir. B. Cotte, P. Gahleh-Marzban et M. Massé, Paris, Dalloz, 2017, p. 111

MOMTAZ D., « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *RCADI*, vol. 292, 2001, pp. 49-50

MURPHY S. D., « The Crime of Aggression at the ICC », *George Washington Law faculty Publications*, 2012, p. 33

NAHLIK S., « L'extension du statut de combattant à la lumière du Protocole I de Genève de 1977 », *RCADI*, vol. 164, 1979, p. 211

NERLICH V., « Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute : For What Exactly is the Superior Held Responsible ? » *JICJ*, vol. 5, n°3, 2017, p. 673

NEYRET L., « Pour la reconnaissance du crime d'écocide », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, HS n°01, 2014, pp. 177-193

NIETO MARTIN A., « Éléments pour un droit international pénal de l'environnement », *RSC* 2012, vol. 1, n°32

NTANDA NSEREKO D. D., « Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court », *Nordic Journal of international law*, vol. 71, n°4, 2002, p. 503

OHLIN J. D., VAN SLIEDREGT E., WEIGEND T., « Assessing the Control-Theory », *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, p. 736

OHLIN J. D., « Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise », *JICJ*, vol. 5, 2007, p. 75

OLÁSOLO H. :
- « Reflections on the Treatment of the Notions of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakić Appeal Judgement », *ICLR*, vol. 7, 2007, p. 157.
- *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishing, 2010, pp. 319-320

OLÁSOLO H., CEPEDA A. P., « The Notion of Control of the Crime and Its Application by the ICTY in the Stakic Case », *ICLR*, 2004, p. 497

PAULUS A., « Second Thoughts on the Crime of Aggression », *EJIL*, Vol. 20 n°4, p. 1121

PELLA V., « La répression des crimes contre la personnalité de l'État », *RCADI*, vol. 033, 1930, p. 710-711

PELLET A., « Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie : poudre aux yeux ou avancée décisive », *RGDIP*, 1994, p. 11

PETTY K. A., « Criminalizing Force : Resolving the Threshold Question for the Crime of Aggression in the Context of Modern Conflict », *Seattle University Law Revue*, vol. 33, n° 105, 2009, p. 117

PIERRE A., « Le crime de masse en criminologie », *RSC* 2015, p. 627

PIGAROFF D. K., ROBINSON D., « Article 30 – Mental element », in *The Rome Statute of the International Criminal Court*, *A commentary*, dir. O. Triffterer et K. Ambos, C.H.Beck/Hart/Nomos, 3ème éd., 2016, p. 1111-1124

PIN X., « L'infraction juste », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 585

POLITI M. :
- « Elements of crimes », in *The Rome statute of the International criminal court : A commentary*, dir. A. Cassese, P. Gaeta et John R. W. D. Jones, Oxford University Press, 2002, p. 463
- « ICC and the Crime of aggression : A dream that came through and the reality ahead », *JICJ*, vol. 10, 2012, p. 286

POLITIS N., « Le problème de la limitation de la souveraineté et la théorie de l'abus de droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, Vol. 6, 1925, p. 13

POURZAND P., « Nature de l'élément moral et stratégie judiciaire de la Cour pénale internationale », *RSC* 2014, p. 5

QUEGUINER J.-F., « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire », *RICR* 2003, vol. 85, n°850, pp. 271-311

REISINGER CORACINI A., WRANGE P., « The specifity of the crime of aggression », in *The crime of aggression : a commentary*, dir. C. Kress et S. Barriga, Oxford University Press, 2017, p. 322

ROBERT J.-H., « L'histoire des éléments de l'infraction », *RSC* 1977, pp. 269-284

ROBINSON D., « How command responsibility get so complicated : a culpability contradiction, its obfuscation, and a simple solution », *Melbourne journal of international law*, vol. 13, n°1, 2012, pp. 699-711

ROETS D., « Crimes contre la paix et droits de l'homme », *Les droits de l'homme face à la guerre*, dir. J.-P. Marguénaud et. H. Pauliat (éd.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 17

RÖLING B. V. A., « The law of war and the national jurisdiction since 1945 », *RCADI*, vol. 100, 1960, p. 347 et s.

RWELAMIRA M. R., « The Significance and Contribution of the Protocols Additional to the Geneva Conventions of August 1949 », in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et les principes de la Croix-rouge*, dir. C. Swinarski, Martinus Nijhoff, CICR, 1984, p. 234

SAADA J., « De la fumée et des miroirs. Justice d'après-guerre, dramaturgie et dissensus politique », *Raisons politiques*, n°45, 2012, p. 135 et s.

SAINT-MICHEL W., « Le lien entre les actes incriminés en tant que crime contre l'humanité et l'attaque généralisée ou systématique : qui trop embrasse peut mal étreindre », *Annuaire de justice pénale internationale et transitionnelle*, Institut Universitaire Varenne, Coll. transition et Justice, 2014

SAINT-PAU J.-C., « Les causalités dans la théorie de l'infraction », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques Henri-Robert*, LexisNexis, 2012, p. 683

SCALIA D., « Paroles d'accusés sur la légitimité de la justice pénale internationale », *RSC* 2012, p. 727

SCHABAS W.,
- « L'affaire Akayesu et ses enseignements sur le droit du génocide », in *Génocide(s),* dir. K. Boustany et D. Dormoy, Bruxelles, Bruylant, coll. de droit international, 1999, p. 126
- « Darfur and the "Odious Scourge" : The Commission of Inquiry's Findings on Genocide », *Leiden journal of international law*, vol. 18, 2005, p. 877
- « State policy as an element of international crimes », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, n°3, 2008, p. 974

SCHABAS W., OLIVIER C., « Terrorisme : crime contre l'humanité ? » in SOS ATTENTATS, *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Calmann-Lévy, 2004 p. 380

SCHMITT M., « Wired warfare : Computer network attack and *jus in bello* », *RICR*, 2002, p. 372

SCHWARTZ A., « War crimes », Max Planck encyclopedia of public international law, 2014, n°1-67

SEVELY C., « Réflexions sur l'inhumain et le droit – Le droit en quête d'humanité », *RSC* 2005, p. 483

SICURELLA R., « Le principe *nulla pœna sine culpa* dans le Statut de la Cour Pénale Internationale », in *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, dir. M. Chiavario, Milano, Giuffrè, 2003, p. 259-294

SOREL J.-M., « Caractère discrétionnaire des Pouvoirs du Conseil de Sécurité : Remarques sur quelques incertitudes partielles », *RBDI*, vol. 37, n°2, 2004, p. 479

STAHN C., « International Law at a Crossroads. The Impact of September 11 », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* vol. 62, 2002, pp. 250-251

STEINBERG M., « Le génocide, l'histoire d'un imbroglio juridique », in *Génocide(s)*, dir. K. Boustany et D. Dormoy, Bruxelles, Bruylant, coll. de droit international, 1999, p. 165

STEWART J. G., « The End of Modes of Liability for International Crimes », *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, n°1, 2002, p. 167

SUR S., « Le droit international pénal entre l'État et la société internationale », *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, dir. M. Henzelin, R. Roth, Paris, LGDJ, Genève, Georg, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 6

THOMAS Y., « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, 1998/5, n°102, pp. 17-36

THONY J.-F., « Aperçu historique et géopolitique de la justice pénale internationale », *Justice pénale internationale, les nouveaux enjeux de Nuremberg à La Haye*, dir. Ph. Greciano, Mare & Martin, coll. droit et sciences politiques, 2016

TITZIS S., « Les droits fondamentaux : de l'être-en-soi à l'être-en-relation », *Le défi des droits fondamentaux*, dir. J.-Y. Morin et G. Otis, Actes des deuxièmes journées scientifiques du réseau des droits fondamentaux de l'AUF, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 257

TORODOV T., « Les limites de la justice », *Crimes internationaux et juridictions internationales*, dir. A. Cassese et M. Delmas-Marty, Paris, Puf, 2002, p. 41

TRIFFTERER O. :
- « Causality, a separate element of the doctrine of superior responsibility as expressed in article 28 Rome Statute ? », *Leiden Journal of International Law*, 2002, vol. 15, pp. 179-205
- « Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such », *Leiden Journal of International Law,* vol. 14, n°2, 2001

TRUCHE P., « La notion de crime contre l'humanité », *Esprit*, n°181, 1992, n°181

UBEDA-SAILLARD M., « Encadrement par le droit international public et le droit humanitaire », *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme, implications juridiques*, dir. J. Alix et O. Cahn, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2017

VAN DER VYVER J. D., « The International Criminal Court and the concept of *mens rea* in international criminal law », *Miami International Comparative Law Review*, vol. 12, 2004, p. 63

VAN DER WILT H., « War crimes and the requirement of a nexus with an armed conflict », *JICJ*, vol. 10, 2012, p. 1125

VAN SLIEDREGT E., « Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide », *JICJ*, vol. 5, 2007, p. 188

VERDIRAME G., « The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, n°3, 2000, p. 592

VERHOEVEN J., « Le crime de génocide, originalité et ambiguïté », *RBDI*, 1991/1, p. 19

VEST H., « A structure-based concept of genocidal intent », *JICJ*, vol. 5, 2007, p. 784.

VITE S., « Typologie des conflits armés endroit international humanitaire : concepts juridiques et réalités », *RICR*, vol. 91, Sélection française, 2009, p. 54

VOINA MOTOC I., « La prévention et la répression du génocide et la conception de la justice – Le droit international entre *lege ferenda* et utopie » in *Génocide(s)*, dir. K. Boustany et D. Dormoy, Bruxelles, Bruylant, coll. de droit international, 1999, p. 372

WEHBERG H., « La reconnaissance des Parties comme belligérantes », *RCADI*, vol. 63, 1938, pp. 83-84

WEIGEND T., « Intent, Mistake of Law, and Co-Perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges », *JICJ*, vol. 6, 2008, pp. 485-487

WEISBORD N., « Conceptualizing Aggression », *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 20, 2009-2010, p. 27

WERLE G., « Individual criminal responsibility under Article 25 of the Rome Statute », *JICJ,* vol. 5, 2007, p. 963

WERLE G., BURGHARDT B., « Do crimes against humanity require the participation of a state or a state-like organization ? », *JICJ*, vol. 10, 2012, p. 1161

WERLE G., JESSBERGER F., « Unless otherwise provided : Article 30 of the ICC statute and the mental element of crimes under international criminal law », *JICJ,* vol. 3, 2005, pp. 35-55

WILLS A. G., « The Crime of Aggression and the Resort to Force against Entities in *Statu Nascendi* », *JICJ*, vol. 10, 2012, p 84

WURTZ K., « La responsabilité du génocidaire : entre responsabilité individuelle et responsabilité collective », in *Criminologie*, vol. 39, n°2, 2006, p. 61

ŽOUREK J. :
- « Enfin une définition de l'agression », *AFDI*, vol. 20, 1974, p. 26
- « La définition de l'agression et le droit international : développements récents de la question », *RCADI*, vol. 92, p. 765

WIEVIORKA A., « La justice et l'histoire », *Socio*, n°3, 2014, pp. 183-197

YOUNG R., « How do we know them when we see them : The subjective evolution in the identification of victim groups for the purpose of genocide », *ICLR*, vol. 10, 2010, p. 15

VI- INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

A- TRAVAUX DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES

Nations Unies, Conseil économique et social, *Projet de Convention sur le crime de génocide*, Doc. off. E/447, 26 juin 1947

Nations Unies, Conseil économique et social, Comité spécial du génocide, *Rapport du comité et projet de convention élaboré par le comité*, doc. off. E/794, 26 mai 1948

Compte-rendu analytique des séances de la Sixième Commission de l'Assemblée générale du 21 septembre au 10 décembre 1948, 64ème séance, doc. off. A/C.6/SR.64, 1er octobre 1948

CESNU, *Étude sur la question de la prévention de la répression du crime de génocide préparée par N. Ruhashyankiko* (Rapporteur spécial), 31ème session, Doc. off. NU, E/CN.4/Sub.2/416, 4 juillet 1978

Nations Unies, Commission des droits de l'homme, *Sixième rapport périodique sur la situation des droits de l'homme dans le territoire de l'ex-Yougoslavie*, doc. off. NU E/CN.4/1994/110, 21 février 1994

Conseil de sécurité, *Rapport final de la commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du conseil de sécurité*, U.N. Doc. S/1994/694, 27 mai 1994

Nations Unies, *Rapport du comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale*, doc. off. n°A/CONF.183/2/Add.1

Nations Unies, Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, Groupe de travail sur les crimes d'agression, *Analyse historique des faits relatifs à l'agression*, Doc. off. NU, PCNICC/2002/WFCA/L.1, 24 janvier 2011

La commission du droit international et son œuvre, New-York, Publication des Nations Unies, vol. 1, 7ème éd., 2009, pp. 109-193

B- RAPPORTS DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

J. Spiropoulos, Doc. off. A/CN.4/44, 12 avril 1951, reproduit dans : *Ann. CDI*, 1951, vol. II, p. 68, n°153.

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Troisième rapport de J. Spiropoulos*, Doc. off. A/CN.4/85, 30 avril 1954, reproduit dans : *Ann. CDI*, 1954 vol. II, p. 115 et s.

Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente-deuxième session, reproduit dans : *Ann. CDI*, 1980, vol. II (2)

Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-sixième session, 1994, vol. II(2), A/CN.4/SER.A/1994/Add.1 (Part 2)

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai – 26 juillet 1996), Doc. off. A/51/10 reproduit dans : *Ann. CDI*, 1996, vol. II (2)

Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, 1996, art. 16. Reproduit dans : *Ann. CDI*, 1996, vol. II (2)

C- RAPPORTS INTERNATIONAUX DIVERS

United Nations War Crimes Commission, History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War, London, H.M. Stationery Office, 1948

Report of Robert H. Jackson, United State representative to the international conference on military trials, U.S Government printing office, Washington, 1949

« La responsabilité de protéger », *Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États* (*CIISE*), Publié par le Centre de recherches pour le développement international, décembre 2001

Assemblée des États parties au statut de Rome de la Cour Pénale internationale, Sixième session, New-York, 2-6 juin 2008, Doc. off. ICCASP/6/20Add. 1, Annexe II, *Rapport du Groupe de travail spécial sur le crime d'agression*

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Final report on the meaning of armed conflict in international law*, The Hague conference, 2010

CPI, Bureau du Procureur, *Rapport sur les activités menées en 2013 par le Bureau du Procureur en matière d'examen préliminaire*, nov. 2013

D- CONVENTIONS, DIRECTIVES, DECLARATIONS, PACTES ET TRAITES

Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, Saint-Petersbourg, 11 décembre 1868

Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre signée à La Haye le 29 juillet 1899

Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre signée à La Haye le 18 octobre 1907

Traité de Versailles du 28 juin 1919

Protocole pour le règlement pacifique des différends internationaux, 2 oct. 1924

Convention internationale pour la répression du faux monnayage, signée à Genève le 20 avril 1929

Pacte de Briand-Kellogg, signé à Paris le 27 août 1928

Charte de l'organisation des Nations Unies du 26 juin 1945

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948

Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948

Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949

Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949

Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966
Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, 26 novembre 1968

Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, La Haye, 16 décembre 1970

Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, 20 novembre 1973

Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977

Convention internationale contre la prise d'otages, U.N. Doc. A/Res/34/146, adoptée à New York le 17 décembre 1979

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984

Convention pour la répression des actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, adoptée à Rome le 10 mars 1988

Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, Doc. NU E/Conf. 82/15, adoptée à Vienne le 19 décembre 1988

Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, New-York, 9 décembre 1994, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 2051

Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, U.N. Doc. A/Res/52/164, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 décembre 1997

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 15 novembre 2000

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000

Convention des Nations Unies contre la corruption, U.N. Doc. A/Res/58/4, adoptée à Merida le 31 octobre 2003

Décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée

Directive 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil, Journal officiel de l'Union européenne, L88, 31 mars 2017

E- RESOLUTIONS DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES

AGNU, Rés. 96(I), *Le crime de génocide*, 11 déc. 1946

AGNU, Rés. 2444(XXIII), *Respect des droits de l'homme en période de conflit armé,* 19 déc. 1968

AGNU, Rés. 2625 (XXV), doc. off. A/8082, *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, 24 octobre 1970

AGNU, *Principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé*, Rés. 2675(XXV), 9 déc. 1970

AGNU, Rés. 2676(XXV), *Respect des droits de l'homme en période de conflit armé*, 9 décembre 1970

AGNU, Rés. 3068 (XXVIII), *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*, 30 nov. 1973

AGNU, Rés. 3314(XXIX), doc. off. A/RES/3314(XXIX), *Définition de l'agression*, 14 déc. 1974

AGNU, Rés. 38/7, doc. off. NU A/38/L.8, *Situation à Grenade*, 2 nov. 1983

AGNU, Rés. 41/120, *Établissement de normes internationales dans le domaine des droits de l'homme*, 4 décembre 1986

AGNU, Rés. 47/121, doc. off. NU, A/Res/47/121, *La situation en Bosnie-Herzégovine,* 18 décembre 1992

AGNU, Rés. 67/19, Doc. A/RES/67/19, *Statut de la Palestine à l'ONU*, 4 déc. 2012

VII- ARTICLES DE PRESSE

« Manuel Valls évoque un "apartheid territorial, social, ethnique" en France », *Le Monde*, 20 janvier 2015, https://www.lemonde.fr/politique/article/2015/01/20/pour-manuel-valls-il-existe-un-apartheid-territorial-social-ethnique-en-france_4559714_823448.html

MacKinnon M., « *ICC's chief prosecutor fights to prove the institution's worth* », The globe and mail, 6 février 2015 (https://www.theglobeandmail.com/news/world/chief-prosecutor-fights-to-prove-international-criminal-courts-worth/article22851501/)

« La Palestine a soumis un premier dossier à la Cour pénale internationale », *Le Monde*, 25 juin 2015

« En Algérie, Macron qualifie la colonisation de « crime contre l'humanité, tollé à droite », *Le Monde*, 16 février 2017, https://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2017/article/2017/02/15/macron-qualifie-la-colonisation-de-crime-contre-l-humanite-tolle-a-droite-et-au-front-national_5080331_4854003.html.

« La philosophie à l'épreuve de la viande », *Le Monde*, 19 août 2019, https://www.lemonde.fr/societe/article/2014/12/24/la-philosophie-a-l-epreuve-de-la-viande_4545910_3224.html

« Ouïgours : l'asservissement d'un peuple », *Le Monde*, 25 septembre 2020, https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/09/17/ouigours-l-asservissement-d-un-peuple_6052572_3232.html

TABLE DE JURISPRUDENCE

I- JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

A- TRIBUNAUX MILITAIRES INTERNATIONAUX

Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire International, Nuremberg, 14 novembre 1945 - 1er octobre 1946*,* édité à Nuremberg, Allemagne, Texte officiel en langue française, Tome I, 1947

The Tokyo judgment, *The international military tribunal for the far east*, 1er novembre 1948, Source disponible à l'adresse url suivante : https://www.legal-tools.org/en/browse/record/28ddbd/

B- TRIBUNAUX MILITAIRES INTERNES

British Military Court, Hamburg, 15-16 oct. 1949, *Trial of Karl-Heinz Moehle*, Case n°54 reproduit dans : THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *Law Reports of Trials of War Criminals*, London, His majesty's stationery office, Vol. IX, 1949

British Military Court, Hamburg, 17-20 oct. 1945, *The Peleus Case*, Case n°1 reproduit dans : THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, La*w Reports of Trials of War Criminals*, London, His majesty's stationery office, Vol. I, 1947

Supreme Court for the British zone, Germany, Cologne, 5 sept. 1948, *H. and others*, (StS 11/50)

Supreme Court for the British zone, Germany, Cologne, 7 déc. 1948, *P. and others*, (StS 111/48)

OGHBZ, Décision de la Cour de district (Landgericht) Hambourg, 11 novembre 1948, STS 78/48, Justiz und NS-Verbrechen II, 1945-1966

OGHBZ, Cour suprême pour la Zone britannique (Chambre pénale) (5 mars 1949), S. StS 19/49, in *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone* I, 1949

USA c. Josef Altstötter and others, « The Justice case », Trials of war crimes before the Nuernberg military tribunals under control council law n°10, vol. III, Washington, United States government printing office, 1951

USA c. Wilhelm List and others, « The hostage case », case n°7, reproduit dans : Trials of war crimes criminals before the Nuremberg military tribunals under control council law n°10, vol. XI, United states government printing office, Washington, 1950

USA c. Afried Felix Alwyn Krupp and others, « The Krupp Case », reproduit dans : Trials of war criminal before the Nuremberg military tribunals under control council law n°10, vol. IX, 1950

USA c. William Von Leeb and others, « The high command case », case n°12, reproduit dans : Trials of war crimes criminals before the Nuremberg military tribunals under control council law n°10, vol. XI, United states government printing office, Washington, 1950

USA c. Carl Krauch and others, « The I.G. Farben case » reproduit dans : Trials of war criminal before the Nuremberg military tribunals under control council law n°10, vol. VIII, Washington, U.S. Government printing office, 1952

USA c. Ernst von Weizsäcker and others, « The Ministries case », reproduit dans : Trials of war criminal before the Nuremberg military tribunals under control council law n°10, vol. XIV, Washington, U.S. Government printing office, 1952

The Hadamar trial, Trial of Alfons Klein and six others, (Case n°04), Law reports of trials of war criminals, London, The United Nations war crimes commission, 1947, vol. I

The Essen lynching case, *Trial of Erich Heyer and six others* (Case n°08), Law reports of trials of war criminals, London, The United Nations war crimes commission, 1947, vol. I

The Zyklon B Case, *Trial of Bruno Tesch and two others* (Case n°09), Law reports of trials of war criminals, London, The United Nations war crimes commission, 1947, vol. I

C- TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE

Affaire Aleksovski :

- jugement, (IT-95-14/1-T), chambre de première instance, 25 juin 1999
- arrêt d'appel (IT-95-14/1-A), chambre d'appel, 24 mars 2000

Affaire Babić

- arrêt d'appel (IT-03-72-A), chambre d'appel, 18 juillet 2005

Affaire Blagojević et Jokić

- jugement, (IT-02-60-T), chambre de première instance I, Section A, 17 janvier 2005
- arrêt d'appel (IT-02-60-A), chambre d'appel, 9 mai 2007

Affaire Blaskić

- jugement, (IT-95-14-T), chambre de première instance, 3 mars 2000
- arrêt d'appel (IT-95-14-T), chambre d'appel, 29 juil. 2004

Affaire Boškoski et Tarčulovski

- jugement (IT-04-82-T) chambre de première instance II, 10 juillet 2008

Affaire Brđanin

- jugement (IT-99-36-T), chambre de première instance II, 1er septembre 2004
- arrêt d'appel (IT-99-36-A), chambre d'appel, 3 avril 2007

Affaire Delalić, Mucić, Delić et Landžo

- jugement (IT-96-21-T), chambre de première instance, 16 novembre 1998
- arrêt d'appel (IT-96-21-A), chambre d'appel, 20 février 2001

Affaire Đorđević

- jugement (IT-05-87/1-T), chambre de première instance II, 23 février 2011

Affaire Erdemović

- jugement (IT-96-22-T), chambre de première instance, 29 novembre 1996
- arrêt d'appel (IT-96-22-A), chambre d'appel, 7 octobre 1997
- Opinion individuelle et dissidente du juge Li annexée à la décision de jugement
- Opinion individuelle et dissidente du juge Cassese annexée à l'arrêt d'appel
- Opinion individuelle conjointe des juges Mcdonald et Vorah à l'arrêt d'appel

Affaire Furundžija

- jugement (IT-95-17/1-T), chambre de première instance, 10 décembre 1998

Affaire Galić

- jugement (IT-98-29-T), chambre de première instance I, 5 déc. 2003
- arrêt d'appel (IT-98-29-A), chambre d'appel, 30 novembre 2006

Affaire Haradinaj

- jugement (IT-04-84-T), chambre de première instance, 3 avril 2008

Affaire Hadžihasanović et Kubura

- jugement (IT-15-01-47-T), chambre de première instance, mars 2006

Affaire Halilović

- jugement (IT-01-48-T), chambre de première instance I, section A, 16 novembre 2005

Affaire Jelisić

- jugement (IT-95-10-T), chambre de première instance I, 14 décembre 1999
- arrêt d'appel (IT-95-10-A), chambre d'appel, 5 juillet 2001

Affaire Karadžić

- jugement *Karadžić* (IT-95-5/18-T), chambre de première instance, 24 mars 2016
- arrêt d'appel (IT-95-5/18-AR98*bis*.1), chambre d'appel, 11 juillet 2013

Affaire Karadžić et Mladić

- Examen des actes d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve (IT-95-5-R61 et IT-95-18-R61), chambre de première instance, 11 juillet 1996

Affaire Kordić et Čerkez

- jugement (IT-95-14/2-T), chambre de première instance, 26 février 2001
- arrêt d'appel (IT-95-14/2-A), chambre d'appel, 17 décembre 2004

Affaire Krajišnik

- jugement (IT-00-39-T), chambre de première instance I, 27 septembre 2006
- arrêt d'appel (IT-00-39-A), chambre d'appel, 17 mai 2009

Affaire Krnojelac

- jugement (IT-97-25-T), chambre de première instance II, 15 mars 2002
- arrêt d'appel (IT-97-25-A), chambre d'appel, 17 novembre 2003

Affaire Krstić

- jugement (IT-98-33-T), chambre de première instance, 2 août 2001
- arrêt d'appel (IT-98-33-A) chambre d'appel, 19 avril 2004
- Opinion partiellement dissidente du juge Shahabuddeen annexée à l'arrêt d'appel

Affaire Kunarac et consorts

- jugement (IT-96-23-T), chambre de première instance, 22 février 2001
- arrêt d'appel (IT-96-23-A) chambre d'appel, 12 juin 2002.

Affaire Kupreškić et consorts

- jugement (IT-95-16-T), chambre de première instance, 14 janvier 2000
- arrêt d'appel (IT-95-16-A), chambre d'appel, 23 oct. 2001

Affaire Kvočka et consorts

- jugement (IT-98-30/1-T), chambre de première instance, 2 novembre 2001
- arrêt d'appel (IT-98-30/1-A), chambre d'appel, 28 février 2005

Affaire Limaj

- jugement (IT-03-66-T), chambre de première instance. II, 20 novembre 2005
- arrêt d'appel (IT- IT-03-66-A), chambre d'appel, 27 septembre 2007

Affaire Martić

- jugement (IT-95-11-T), chambre de première instance I, 12 juin 2007
- arrêt d'appel (IT-95-11-A) chambre d'appel, 8 octobre 2008

Affaire Milosević

- arrêt d'appel (IT-98-29/1-A), chambre d'appel, 12 nov. 2009

Affaire Milutinovic et consorts

- Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise (IT-99-37-AR72), Appeals Chamber, 21 May 2003

Affaire Mrkšić et consorts

- décision de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve (IT-95-13/1-R61), chambre de première instance, 3 avril 1996
- jugement (IT-95-13/1-T), chambre de première instance II, 27 septembre 2007
- arrêt d'appel (IT-95-13/1-A) chambre d'appel, 5 mai 2009

Affaire Naletilić et Martinović

- jugement (IT-98-34-T), chambre de première instance, 31 mars 2003
- arrêt d'appel (IT-98-34-A), chambre d'appel, 3 mai 2006

Affaire Orić

- jugement (IT-03-68-T), chambre de première instance II, 30 juin 2006

Affaire Perišić

- jugement (IT-04-81-T), chambre de première instance I, 6 septembre 2011
- arrêt d'appel (IT-04-81-A), chambre d'appel, 28 février 2013

Affaire Popović et consorts

- jugement (IT-05-88-T), chambre de première instance II, 10 juin 2010

Affaire Sikirica et consorts

- jugement relatif aux requêtes aux fins d'acquittement présentées par la Défense (IT-95-8-T), chambre de première instance, 3 septembre 2001

Affaire Simić et consorts

- jugement (IT-95-9-T), chambre de première instance II, 17 oct. 2003
- arrêt d'appel (IT-95-9-A), chambre d'appel, 28 novembre 2006
- Opinion dissidente du juge Shomburg jointe à l'arrêt *Simić et consorts*

Affaire Strugar

- jugement **(**IT-01-42-T), chambre de première instance II, 31 janvier 2005
- arrêt d'appel (IT-01-42-A), chambre d'appel, 18 juillet 2008

Affaire Stakić

- jugement (IT-97-24-T), chambre de première instance II, 31 juillet 2003
- arrêt d'appel (IT-97-24-A), chambre d'appel, 22 mars 2006

Affaire Tadić

- arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (IT-94-1), chambre d'appel, 2 octobre 1995
- jugement (IT-94-1-T) chambre de première instance, 7 mai 1997
- arrêt d'appel (IT-94-1-A), chambre d'appel, 15 juillet 1999
- jugement relatif à la sentence (IT-94-1-Tbis-R117), chambre de première instance, 11 novembre 1999
- Opinion individuelle du juge ROBINSON annexée au jugement relatif à la sentence

Affaire Tolimir

- jugement (IT-05-88/2-T), chambre de première instance II, 12 décembre 2012
- arrêt d'appel, (IT-05-88/2-A), chambre d'appel, 8 avril 2015

Affaire Vasiljević

- jugement (IT-98-32-T), chambre de première instance II , 29 novembre 2002
- arrêt d'appel (IT-98-32-A), chambre d'appel, 25 février 2004

D- TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL LE RWANDA

Affaire Akayesu

- jugement (ICTR-96-4-T), chambre de première instance I, 2 septembre 1998
- arrêt d'appel (ICTR-96-4-A), chambre d'appel, 1er juin 2001

Affaire Bagilishema

- jugement (ICTR-95-IA-T), chambre de première instance I, 7 juin 2001
- arrêt d'appel (ICTR-95-1A-A), chambre d'appel, 3 juillet 2002

Affaire Bagosora et consorts
- jugement (ICTR-98-41-T), chambre de première instance II, 18 décembre 2008
- arrêt d'appel (ICTR-98-41-A), chambre d'appel, 14 décembre 2011

Affaire Bikindi
- jugement (ICTR-2001-72-T), chambre de première instance III, 2 décembre 2008

Affaire Blagojević et Jokić
- jugement (IT-02-60-T), chambre de première instance I, Section A, 17 janvier 2005
- arrêt d'appel (IT-02-60-A), chambre d'appel, 9 mai 2007

Affaire Gacumbitsi
- jugement (ICTR-2001-64-T), chambre de première instance III, 17 juin 2004
- arrêt d'appel (ICTR-2001-64-A), chambre d'appel, 7 juillet 2006

Affaire Kajelijeli
- jugement (ICTR-98-44A-T), chambre de première instance II, 1er décembre 2003

Affaire Kalimanzira
- jugement (ICTR-05-88-T), chambre de première instance III, 22 juin 2009
- arrêt d'appel (ICTR-05-88-A), chambre d'appel, 20 octobre 2010

Affaire Kambanda
- jugement (ICTR-97-23-S), chambre de première instance I, 4 septembre 1998

Affaire Kamuhanda
- jugement (ICTR-99-54A-T), chambre de première instance II, 22 janvier 2004
- arrêt d'appel (ICTR-99-54A-A), chambre d'appel, 19 septembre 2005

Affaire Karemera et Ngirumpatse
- jugement (ICTR-98-44-T), chambre de première instance III, 2 février 2012

Affaire Karera
- jugement (ICTR-0l-74-T), chambre de première instance I, 7 décembre 2007
- arrêt d'appel (ICTR-0l-74-A), chambre d'appel, 2 février 2009

Affaire Kayishema et Ruzindana
- jugement (ICTR-95-1-T), chambre de première instance II, 21 mai 1999
- arrêt d'appel (ICTR-95-1-A), chambre d'appel, 1er juin 2001

Affaire Mpambara
- jugement (ICTR-01-65-T), chambre de première instance I, 11 septembre 2006

Affaire Musema
- jugement (ICTR-96-13-T), chambre de première instance I, 27 janvier 2000
-

Affaire Muhimana
- jugement (ICTR-95-1B-T), chambre de première instance III, 28 avril 2005
- arrêt d'appel (ICTR-95-1B-A), chambre d'appel, 21 mai 2007

Affaire Muvunyi

- jugement (ICTR-2000-55A-T), chambre de première instance II, 12 septembre 2006
- arrêt d'appel (ICTR-2000-55A-A), chambre d'appel, 1er avril 2011

Affaire Nahimana et consorts

- jugement (ICTR-99-52-T), chambre de première instance I, 3 décembre 2003
- arrêt d'appel (ICTR-99-52-A), chambre d'appel, 28 novembre 2007

Affaire Nchamihigo

- jugement (ICTR-01-63-T), chambre de première instance III, 12 novembre. 2008

Affaire Ndindabahizi

- jugement (ICTR-2001-71-T), chambre de première instance I, 15 juillet 2004
- arrêt d'appel (ICTR-2001-71-A), chambre d'appel 16 janvier 2007

Affaire Niyitegeka

- jugement portant condamnation (ICTR-96-14-T), chambre de première instance I, 16 mai 2003
- arrêt d'appel (ICTR-96-14-A), chambre d'appel, 9 juillet 2004

Affaire Ntabakuze

- jugement (ICTR-98-41-T), chambre de première instance I, 18 décembre 2008

Affaire Ntagerura et consorts

- jugement (ICTR-99-4-T), chambre de première instance III, 25 février 2004

Affaire Ntakirutimana

- arrêt d'appel (ICTR-96-I0-A et ICTR-96-17-A), chambre d'appel, 13 décembre 2004

Affaire Nyiramasuhuko et consorts

- jugement (ICTR-98-42-T), chambre de première instance II, 24 juin 2011

Affaire Rutaganda

- jugement (ICTR-96-3-T), chambre de première instance I, 6 décembre 1999
- arrêt d'appel (ICTR-96-3-A), chambre d'appel, 26 mai 2003

Affaire Semanza

- jugement (ICTR-97-20-T) chambre de première instance III, 15 mai 2003
- opinion individuelle du juge Yakov Ostrovsky concernant les violations graves de l'article 3 commun aux conventions de Genève et du Protocole additionnel II jointe au jugement *Semanza*
- arrêt d'appel (ICTR-97-20-A), chambre d'appel, 20 mai 2005

Affaire Seromba

- jugement (ICTR-2001-66-T) chambre de première instance, 13 décembre 2006
- arrêt d'appel (ICTR-2001-66-A), chambre d'appel, 12 mars 2008

Affaire Serushago

- jugement (ICTR-98-39-S), chambre de première instance I, 5 février 1999

Affaire Setako

- jugement (04-81-T), chambre de première instance. I, 25 février 2010

Affaire Simba

- jugement (ICTR-2001-76-T), chambre de première instance I, 13 décembre 2005
- arrêt d'appel (ICTR-01-76-A), chambre d'appel, 27 novembre 2007

Affaire Zigiranyirazo

- jugement (ICTR-01-73-T), chambre de première instance III, 18 décembre 2008

E- COUR PENALE INTERNATIONALE

1- Situation au Darfour (Soudan)

Affaire The Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein

- public redacted version of Decision on the Prosecutor's application under article 58 relating to Abdel Raheem Muhammad Hussein (ICC-02/05-01/12-1-Red), Pre-trial Chamber I, 1 march 2012

Affaire le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun « Ahmad Harun » et Ali Muhammad Ali Abd-al-Rahman « Ali Kushayb »

- décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut (ICC-02/05-01/07-1-Corr-TFR), Chambre préliminaire I, 27 avril 2007

Affaire le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda

- décision relative à la confirmation des charges (ICC-02/05-02/09-243-Red), Chambre préliminaire I, 8 février 2010

Affaire le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir

- décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (ICC-02/05-01/09-3-tFRA), Chambre préliminaire I, 4 mars 2009
- opinion individuelle et partiellement dissidente de la juge Anita Ušacka annexée à la décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'*Omar Al Bashir*
- deuxième décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de la délivrance d'un mandat d'arrêt (ICC-02/05-01/09-94-tFRA), Chambre préliminaire I, 12 juillet 2010

2- Situation en Géorgie

- decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation (ICC-01/15-12), Chambre préliminaire I, 27 janvier 2016

3- Situation en Ouganda

Affaire le Procureur c. Dominic Ongwen

- décision sur la confirmation des charges portées à l'encontre de Dominic Ongwen (, ICC-02/04-01/15-422), Chambre préliminaire II, 26 mars 2016

4- Situation en Palestine

- Le bureau du Procureur, 3 avril 2012, n°6. Source disponible à l'adresse url suivante : https://www.legal-tools.org/doc/f5d6d7/
- decision assigning the situation in the State of Palestine to Pre-Trial Chamber I, 24 mai 2018, ICC-01/18-1
- prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine (ICC-01/18-12), Bureau du Procureur, 22 janvier 2020
- request for Leave to Submit an Opinion in Accordance with Article 103 of the Rules of Procedure and Evidence (ICC-01/18-53), W. Shabas, 14 février 2020

5- Situation en République centrafricaine

Affaire le Procureur c. J.-P. Bemba Gombo

- 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 J.-P. Bemba Gombo, (ICC-01/05-01/08-3343), Chambre préliminaire II, 15 juin 2009
- jugement (ICC-01/05-01/08-3343), Chambre de première instance III, 21 mars 2016
- opinion individuelle de la juge Sylvia Steiner jointe à la décision de jugement
- décision relative à la peine rendue en application de l'article 76 du Statut (ICC-01/05-01/08-3399-tFRA), Chambre de première instance III, 21 juin 2016
- arrêt relatif à l'appel interjeté par J.-P. Bemba Gombo contre le jugement rendu en application de l'article 74 du Statut de Rome, (ICC-01/05-01/08-3636-Red-tFRA) Chambre d'appel, 8 juin 2018
- opinion individuelle des juges Christine Van den Wyngaert et Howard Morrison annexée à l'arrêt relatif à l'appel interjeté par J.-P. Bemba Gombo contre le jugement rendu en application de l'article 74 du Statut de Rome

Affaire le Procureur c. J.-P. Bemba Gombo, A. Kilolo Musamba, J.-J. Mangenda Kabongo, F. Babala Wandu et N. Arido

- décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, chambre préliminaire II, 11 nov. 2014, ICC-01/05-01/13-749-tFRA

6- Situation en République de Côte d'Ivoire

- rectificatif à la décision relative à l'autorisation d'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome (ICC-02/11-14-Corr-tFRA), Chambre préliminaire III, 15 novembre 2011

Affaire le Procureur c. Charles Blé Goudé

- décision relative à la confirmation des charges portées contre Charles Blé Goudé, (ICC-02/11-02/11-186-tFra), Chambre préliminaire I, 11 décembre 2014

Affaire le Procureur c. Laurent Gbagbo

- décision relative à la confirmation des charges portées à l'encontre de *Laurent Gbagbo*, (ICC-02/11-01/11-656), Chambre préliminaire I, 12 juin 2014

7- Situation en République démocratique du Congo

Affaire le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui

- décision relative à la confirmation des charges (ICC-01/04-01/07-717), Chambre préliminaire I, 30 septembre 2008

Affaire le Procureur c. Germain Katanga

- jugement rendu en application de l'article 74 du statut (ICC-01/04-01/07-3436), Chambre de première instance II, 7 mars 2014
- opinion concordante de la juge Christine van den Wyngaert annexée à la décision de jugement

Affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo

- décision sur la confirmation des charges (ICC-01/04-01/06-803), Chambre préliminaire I, 29 janvier 2007
- jugement (ICC-01/04-01/06-2842-tFRA), Chambre de première instance II, 14 mars 2012
- separate opinion of judge Adrian Fulford, judgment Lubanga
- judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction (ICC-01/04-01/06-3121-Red), The appeals chamber, 1 december 2014

Affaire le Procureur c. Callixte Mbarushimana

- décision relative à la confirmation des charges (ICC-01/04-01/10), Chambre préliminaire I, 16 décembre 2011

Affaire le Procureur c. Sylvestre Mudacumura

- décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 (ICC-01/04-01/12-1-Red-tFRA), Chambre préliminaire II, 13 juillet 2012

Affaire le Procureur c. Bosco Ntaganda

- 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 Bosco Ntaganda (ICC-01/04-02/06-309), Chambre préliminaire II, 9 juin 2014

- second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 (ICC-01/04-02/06-1707), Trial chamber VI, 4 january 2017
- judgment (ICC-01/04-02/06-2359), Trial chamber VI, 8 july 2019

8- Situation en République du Kenya

- 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 (ICC-01/09-19-Corr-tFRA), Chambre préliminaire II, 31 mars 2010
- opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul jointe 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 (ICC-01/09-19-Corr-tFRA), Chambre préliminaire II, 31 mars 2010

Affaire le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali

- décision relative à la confirmation des charges rendues en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du statut de Rome (ICC-01/09-02/11-382-Red-tFra), Chambre préliminaire II, 23 janvier 2012

Affaire le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kogsey et Joshua Arap Sang

- décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome (ICC-01/09-01/11-373-tFRA), Chambre préliminaire II, 23 janvier 2012

9- Situation en République du Mali

Affaire le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Madhi

- jugement portant condamnation (ICC-01/12-01/15-171), Chambre de première instance VIII, 27 septembre 2016

10- Situation en République populaire du Bangladesh/République de l'Union du Myanmar

- decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar (ICC-01/19-27), chambre préliminaire III, 14 novembre 2019

F- TRIBUNAL SPECIAL POUR LA SIERRA LEONE

Affaire le Procureur C. Augustine Gbao et autres

- jugement (SCSL-04-15-T), Chambre de première instance I, 2 mars 2009

G- COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Avis consultatif du 7 fév. 1923, série B (CPJI)

« Affaire du Lotus », Publications de la CPJI, Série A, n°10, arrêt du 7 septembre 1927

Affaire Nottebohm (deuxième phase), Arrêt du 6 avril 1955, C.I.J Rec.1955

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, (Nicaragua cÉtats-Unis d'Amérique), 27 juin 1986, fond, *Recueil CIJ* 1986

Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires, Avis consultatif, 8 juillet 1996, *Recueil CIJ* 1996

Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), arrêt, 6 novembre 2003, *Recueil CIJ* 2003

Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, 19 décembre 2005, *Recueil CIJ* 2005

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, 26 février 2007, *Recueil CIJ* 2007

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), arrêt 18 novembre 2008, *Recueil CIJ 2015*

H- COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE

Sentence arbitrale rendue le 4 avril 1928 par M. Huber entre les États-Unis et les Pays-Bas dans le litige relatif à la souveraineté sur l'île de Palmas reproduit dans : *RGDIP*, 3ème série, t. IX, 1935 p. 156 et s.

II- JURISPRUDENCE INTERNE

A- JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Cass. crim., 21 oct. 1982, *Bull. crim*. n°231

Cass. crim., *Barbie*, 20 déc. 1985, *Bull. crim*. n°407, *JCP* 1986, II, 20655

Cass. crim., 27 nov. 1992, *Bull. crim*. n°394, p. 1082.

Cass. crim., 23 janv. 1997, *Bull. crim*. n°32 ; *D*. 1997, jur. P. 147, note PRADEL J. ; *JCP G* 1997, II, n°22812, note ROBERT J.-H.

Cass. crim., 3 juin 1997, *Bull. crim*. n°218 : *RSC* 1998, p. 104, obs. Y. Mayaud

Cass. crim. 13 avr. 2005: *Bull. crim.* n°131

Cass. crim., 16 oct. 2019, inédit, pourvoi n°18-84.608 : *Dr. pén*. 2019, comm. n°194, obs. CONTE Ph. ; *RSC* 2020 p. 71, obs. Y. MAYAUD

B- JURISPRUDENCES ETRANGERES

Netherlands temporary Court martial at Amboina, trial of Susuki Motosuke, judgment, 28 jan. 1948, retranscrit dans : UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *Law reports of trial of war crimes*, *Affaire Motosuke* (case n°77), vol. XIII, 1949, p. 126 et s.
Cour spéciale de cassation néerlandaise, *Affaire Pilz*, 5 juil. 1950 retranscrite dans : *International law reports*, vol. 17, 1950, p. 391
Attorney-General of the Government of Israel vs. Adolph Eichmann, Israël, District Court de Jerusalem, 12 déc. 1961
Cour constitutionnelle fédérale, 2 BvR 1290/99, 12 décembre 2000

III- JURISPRUDENCE EUROPEENNE

CEDH, *SW c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, req. n°20166/92
CEDH, *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, req. n°20190/92
CEDH, *Kononov c. Lettonie*, n°36376/04, 17 mai 2010
CEDH, *Vasiliauskas c. Lituanie*, gde ch., 20 octobre 2015, req. n°35343/05
CEDH, *Parti de la prospérité et autres c. Turquie*, 3ème section, 31 juillet 2001, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

– A –

Actes inhumains, 266, **441**, 446, 691

Agression armée, 20, **29-36**, 49, **106-119**, **149-152**, 160, **163**, 168, **173-180**, 208, 212, **216**, **272-280**, **321-327**, **353-360**, **642-660**
- Acte d'agression, 34-35, 111, **112-119**, 163, **173-180**, **212, 214, 216**, **272-279**, 321, **324-327**, **353-360**, **520-525**, **530-533**, 751-755
- Guerre d'agression, **31-36**, 107-110, 179, 272, **321-324**, **525-530, 647-655**

Apartheid, 69, 131, 266, **689-694**

Attaque
- généralisée, **128**, 254-256, **340-346**, **370**, **372-376**, 678
- systématique, **128**, 254-256, **340-346**, **371**, **372-376**, 678

Atteinte
- à l'intégrité physique, 121, 139, 421, 424, 430, 440-442, 446, 449, 507, 811
- à la vie, 130, 138, 284, 342, 421, 424, **428-429**, 433, 436, 441-442, 471
  aux biens, 121, 131, 412, 422, 425, 449, 474, 481, 664, 788

Auteur, 454-465

– B –

Biens
- civils, 44, 410, 481, 762
- militaires, 410

Bien juridique protégé, *v. intérêt pénalement protégé*

But d'ensemble
- destruction, 137 et s.
  - destruction biologique, 139, 159
  - destruction culturelle, 140-142, 432
  - destruction physique, 139, 159
- domination étatique, 106-118, 643
- oppression, 126-135
- soumission, 120
  - soumission militaire, 121-122
  - soumission politique, 123-124

– C –

Capacité
- criminelle, 187, 203-204, 220, 223, **248-271**, 386
- génocidaire, 291-294, **300-310**, 377-378
- humanitaire, **237-239**, 242
- militaire, 45, 208-209, **233-236**, 242, **244**, 246
- subversive, 275-278

Coaction, 605, 607, 614, 618

Coaction indirecte, 576, **602-607**, 612-615, 619

Combattant, 57-61, 212-213, 455-547, **470-471**, **474, 478**, **493-495**, 663
- Notion, **57-60**
- Groupe combattant, *v. Groupe armé organisé*

Commission conjointe, *v. coaction*

Commission indirecte, 606-607, 615, 622

Compétence juridictionnelle
- Cour pénale internationale, 9, 35, 216, 270, **307**, 324-325, **335-337**, **358**, 829
- Tribunal militaire international, 9, 535
- Tribunal pénal international, 63, 675

Complicité, 528, **556-576**, 725-730
- aide et assistance, 566-569, 725-730
- instigation, 528, 563-565, 730
- contribution à l'activité d'un groupe agissant de concert, 570-572, 603, 622

Complot, **526-528**, **532**, 545-546, 650, 652-653, 658

Conflit armé, 29, 37, **39-52**, **120-125**, 164, **181-183**, **207-217**, 229-247, 328-338, 361-368, 404-408, 455-457, 471, 474, 480, 516, 662-664, 728, 757, 759, 764, 784, 814, 818-821
- conflit armé international, **44**, 50-52, **95**, 121, **212-214**, 231, **329-**330, 764
- conflit armé internationalisé, 50-52, 215, 243, 764
- conflit armé non international, 43, **45-46**, **50-52**, 95, 213-214, 230-247, **331-337,** 361-366, 764
- critère
  - intensité des hostilités (d'), 330, 332-333, 361-366
  - caractère prolongé des hostilités (du), 330, 334-337
- morcellement (du), 50

Conseil de sécurité des Nations Unies, 173-176, 216, 333, 752

Conspiration, *v. Complot*

Corruption, 5, 850

Cour pénale internationale, 7, 15-16, 35, 216, 269-270, 306-307, 335-337, 358, 375

Crime d'agression
- élément contextuel
  - but de l'entreprise, 106-119
  - cible de l'entreprise, 30-36
  - dimension collective de l'entreprise, 212-214, **216**, 272-279
  - dimension massive de l'entreprise, 320-326, 353-360
- élément individuel
  - acte d'organisation, 518-532
  - dirigeant, **534-539**, 749, 754, 783
  - intention
    - adhésion au projet, 641-645, 656-660
    - connaissance, 745-755, 783, 791

- volonté participative, 810
- justification, 173-180

Crime contre l'humanité
- élément contextuel
  - but de l'entreprise, 127-136
  - cible de l'entreprise, 56-70
  - dimension collective de l'entreprise, 218-225, 248-271
  - dimension massive de l'entreprise, 339-346, 338-379
- élément individuel
  - actes d'exécution, 415-417, 424-425, 437, 441, 448-449, 459-461, 485-496
  - actes d'organisation, 541-627
  - intention
    - adhésion au projet, 667-693
    - connaissance, 768-771, 785, 789-790
    - volonté participative, 798-799, 811, 814, 818-825
  - justification, 185-187

Crime contre la paix, 7, 9, 19, **32-33, 107-119**, 163, **321-323**, 395, **521-527**, **535-549**, 643, **647-655**, **746-749**

Crime de génocide
- élément contextuel
  - but de l'entreprise, 138-142
  - cible de l'entreprise, 71-98
  - dimension collective de l'entreprise, 281-310
  - dimension massive de l'entreprise, 347-349, 377-379
  - série de crimes analogues, 296-302, 349, 377-378
- élément individuel
  - actes d'exécution, 415-417,427-433, 438, 442, 450, 463-464, 497-520
  - actes d'organisation, 541-627
  - intention
    - adhésion, 695-731
    - connaissance, 772-778,789-790, 826
  - justification, 185-187
  - génocide individuel, 288, 303-310

Crime de guerre
- élément contextuel
  - but de l'entreprise, 120-125
  - cible de l'entreprise, 37-53
  - dimension collective de l'entreprise, 207-209, 212-215, 229-247
  - dimension massive de l'entreprise, 329-337, 361-367
- élément individuel
  - actes d'exécution, 404-412, 421-422, 436, 440-448, 455-457, 468-484
  - actes d'organisation, 516
  - intention
    - adhésion, 661-664
    - connaissance, 756-765, 784, 792, 821
    - volonté participative, 788-789, 811, 814, 818-821
  - justification, 181-184

Crimes sous-jacents, **18**, 131, 165, 167, 342, 372, **394-396**, 398-399, 418, 447, 451-452, 531,556, 559, 617, 623-624, 638, 729-730, 738-739, 801, 809-811

Culpabilité, 574-575, 589-590, 622, 625, **635 et s**.

– D –

Déportation, 130, 424, 437, 449, 719

Dignité humaine, 130, 147-156, 161, 421, 424, 440

Dirigeant, 534-539, **541-627**, 749, 754, 783

Discrimination, 9, 63, **67-69**, **88-97**, 131, 293, 425, 504, 552, 635, **673-676**, **681-687**, **692**, 703, 775

Dol
- direct
  - dol direct de premier degré, 635, 799
  - dol direct de second degré, 635, 799
- général, 635, 736-737, 796
- général participatif, **636**, 739-740, 797-799, 805-832
- spécial, 635-636, 638, 644, 666

Droit international humanitaire, 45, 57, 122, 164, **230-240**, 242-243, 329-330, 332, 334-336, 662

Droit international pénal, 6-17, 37, 41, 43, 45, 122, 162-167, 198, 205, 209, 216, 226, 241-247, 280, 350, 378, 380, 457, 525, 541 et s., 610, 617, 633, 667, 817

Droit pénal international, 5, 6

– E –

Écocide, 13, 850

Élément
- contextuel, 18, **19-22**
- matériel, 2, **418-451**
- moral, *v. dol*
- injuste, *v. injuste*
- sous-jacent, *v. crime sous-jacent*

Entente en vue de commettre un génocide, 544-547

Enrôlement d'enfants, 470 478, 791, 811

Entreprise criminelle commune, **595-599**, 611, 618

Esclavage, 130, 165, 424, 788

État de nécessité, *v. Justification*

État
- auteur, 205-225
- victime, 30-36, 43-44

– F –

Faits justificatifs, *v. Justification*

– G –

Génocide, *v. crime de génocide*

Gravité, 11, 13, 26, 33, 96-97, 102, 173, 294, **305-307**, 324-326, 327, **355**-360, 362, 375, 383, 430, 589, 633, 702-705, 731
- gravité abstraite, **306**, 355

- gravité concrète, **307**, 355, 357-359

Groupes, 27-98
- groupe armé organisé, *v. Organisation*
- groupe culturel, 76, 78, **140-142**, 432
- groupe national, 74
- groupe étatique, *v. État*
- groupe ethnique, 75
- groupe politique, 78-80
- groupe racial, 76
- groupe religieux, 77
- population civile, **56-70**, 493-495

– H –

Hostilités, *v. Conflit armé*

– I –

Illicéité, 144-188
- notion, 144-145
- neutralisation de l'illicéité, *v. justification*

Imprescriptibilité, 15

Incitation
- infraction autonome d'incitation directe et publique au génocide, 508, **549-553**, 626
- mode de participation, 528, **549**, 552, **564**

Indépendance politique, 34, 111-112, 115, **117-118**, 272, 530, 745, 752

Infraction
- notion, 2
- infraction formelle, **167**, **378,** 382, 429-430, 546, 549, 552 (v. aussi les notes de bas de page n°441, 442 et 569)
- infraction matérielle, 150, **167,** 552 (v. aussi les notes de bas de page n°441 et 569)
- infraction obstacle, 150 (v. aussi la note de bas de page n°442)

Infraction internationale
- définition, 4 et s.
- conventionnelle, 5
- transnationale, 4, 850
- par nature, 6-12

Infractions sexuelles, 421, 424, 437, 450, 471, 478, 819

Infraction terroriste, *v. terrorisme*

Injuste
- notion, 2, 170, 175-179, 182, 404
- appréciation, 185, 403-417

Intégrité territoriale, *v. territoire étatique*

Intérêt pénalement protégé, **144-161**, 167, **196**, **203**, 276, 355, 363, 372, 378

– J –

Justification, 170
- collective
  - autorisation du conseil de sécurité des Nations Unies, 174-176, 752

- état de nécessité, 182
- légitime défense étatique, 177-179, 753
- individuelle
  - autorisation de la loi, 174
  - commandement de l'autorité légitime, 174-175, 790
  - nécessités militaires, 49, 183, 405-413, 471, 474

– L –

Légitime défense, *v. Justification*

– M –

Massivité, 172, 219, 316
- agression armée, **320-327**, **553-560**
- conflit armé, **328-337**, **361-367**, 758-759
- entreprise criminelle contre l'humanité, **339-346**, **369-376**,769-770
- entreprise génocidaire, **297-299**, **347-349, 377-379**, 776

Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe, 289, 341, 442

– N –

Nécessités militaires,
- condition, 49, 182-183, 187, 404-409
- appréciation, 409-413, 471, 474

Nettoyage ethnique, *v. Purification ethnique*

– O –

Organisation, 27, 104, 198-202, 386
- étatique, 205-225
- privée
  - groupe armé organisé, 45, **228-247**
  - organisation criminelle, 129-130, 201, **248-271**, **272-279**, 287, 292, 300-301, 303-304, 310, 313-315
  - organisation terroriste, *v. terrorisme (groupe)*

– P –

Peine
- notion, 2
- détermination, 15, 574, 654, 671, 694, 705, 733

Persécution
- politique (de), 54, **95**, **130-131**, 143, 159-160, 190, 201, 510, 600, 668-669, 671, 719,
- crime (de), 300, 340, **425**, 441, 489, 675, **681-688,** 693, 788

Pillage, 422, 425, 450, 625, 664, 788

Politique criminelle, *v. but d'ensemble*

Population civile, *v. Groupe*

Principe
- de légalité criminelle, 2, 9, 246, 301, 353, 425, 435, 441, 452, 478, **610-616,** 623, 625, 627, 629, 632, 730-731, 787
- d'interprétation stricte, 10, 301, 446, 506

- de nécessité des incriminations, 187, **196**-197**,** 209, 276, 292, 295, 301, 304, 311, 354, 357, 385-387
- de responsabilité du fait personnel, 307, 580, **618-620**, 623, 627, 629, 632

Purification ethnique, 69, 131, 160, 600, 685

– R –

Recevabilité (d'une affaire), 270, 307, 358, 375, 383, 829

Régime Nazi, 1, 32, 81, 108, 124, 131, 201, 205, 274, 456, 460, 489-490, 509, 527, 532, 539, 598, 648-650, 668-669, 674, 746, 749

Résistants, 59-60, 131, 187, 487, 489, 495, 510

Responsabilité du supérieur hiérarchique, 578-590, 634

– S –

Série manifeste de comportements analogues, 295-301, 349, 377

Souveraineté, 6, 29, 34, 43, 111-114, **117-119, 160,** 205, 207, 219, 226, 230, 231, 239, 252, 267, 272-273, 275, 314, 531, 540, 660
- abus (de), 205, 219, 252, 267, 275, 419, 539
- atteinte (à la), **111-114**, **117-118**, 160, 163, 173, 239, 272, 530, 659, 745, 752
- principe, 6, 43, 226, 230-231, 239, 252, 267

– T –

Traite des êtres humains, 155, 850

Trafic de stupéfiants, 5, 13, 850

Tentative, 168, 528, **531**, 558, 570, 617

Territoire étatique, 118, 163, 236, 239
- intégrité (du) 19, **34**, 108-109, 112, 114, **117-118**, 163, 173, 270, 277, 530, 745, 752
- contrôle (du), 45, 97, **230-233**, 236, **239**, **242**, **246**, **251**, 254, 332, 480

Terrorisme
- infraction terroriste, 5, 11, 13, 17, 23, **67-68**, **277-278**, 333, 362, **532**, **844**, **850**
- Groupe terroriste, 45-46, 122, 275, 277-278

Torture, 365, 394, 424, 441, **450, 461**, 625, 784, 811

Transfert forcé, *v. Déportation*

Tribunal de Tokyo (Tribunal militaire international pour l'Extrême Orient), 33, 109, 321-322, 532, 652-655, 682

Tribunal militaire international de Nuremberg, 32-33, 108, 109, 124, 177, 280, 321, 395, 425, 489, 491, 527, 532, 536, 539, 633, 648-651, 658, 682, 726

Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, 7, 40, 43, 46, 59, 69, 74, 88-89, 91, 122, 131, 141-142, 208, 215, 227, 243-246, 250, 252, 303, 340, 344, 347, 365, 395, 425, 432, 494-495, 547, 566, 568, 580, 595, 598, 599-600, 611, 668-672, 683, 685, 714, 718, 719, 742

Tribunal pénal international pour le Rwanda, 7, 51, 63, 74-77, 88-89, 242, 245-246, 340, 342, 425, 430, 456-457, 502-503, 506, 546, 552, 662-663, 673-676, 686, 726-728, 730

– V –

Valeur sociale protégée, *v. Intérêt pénalement protégé*

Victime

- collective, **26-100**, 340, 370-371, 383, 486
- individuelle, 60, **466-510**, 684

Viol, *v. infractions sexuelles*

TABLE DES MATIÈRES

Liste des principales abréviations .....
Sommaire.....
Introduction 1

PARTIE 1. L'ELEMENT CONTEXTUEL DE L'INFRACTION INTERNATIONALE.....23

TITRE 1. LA FINALITE DE L'ENTREPRISE D'ENSEMBLE 29

Chapitre 1. La cible de l'entreprise d'ensemble..... 31

Section 1. La cible des entreprises martiales 32

§1. La cible du recours à la force dans l'agression armée.....33

A. L'État, cible de l'agression armée dans le crime contre la paix 33

B. L'État, cible de l'agression armée dans le crime d'agression 35

§2. La cible du recours à la force dans le conflit armé.....37

A. Un groupe social 38

1- La composition humaine du groupe pris pour cible.....38

2- L'identité de la collectivité prise pour cible.....40

B. Un groupe incarnant l'adversaire 44

Section 2. La cible des entreprises criminelles 47

§1. La cible de l'entreprise criminelle contre l'humanité 48

A. Une population civile 48

B. Une population civile quelconque..... 52

1- L'identité objective du groupe visé, un élément indifférent 52

2- L'identification subjective du groupe par un système criminel, un élément déterminant 54

§2. La cible de l'entreprise génocidaire 58

A. L'identification objective des groupes ciblés..... 59

1- La composition du groupe.....59

a- La délimitation des groupes protégés 59

b- L'exclusion des groupes politiques 62

2- La dimension du groupe.....64

B. L'identification subjective du groupe ciblé 65

1- Analyse juridique de la locution « comme tel ».....66

a- Analyse exégétique de la locution « comme tel » 66

b- L'interprétation jurisprudentielle de la locution « comme tel » 67

i. La nécessaire identification du groupe à partir de ses caractéristiques identitaires.....68

ii. La nécessaire identification du groupe à partir de ses caractéristiques identitaires positives 70

2- Analyse conceptuelle 72

Conclusion du chapitre 1 77

Chapitre 2. Le but de l'entreprise d'ensemble.....79

Section 1. La nature du but poursuivi 80

§1. La soumission du groupe ciblé.....80

A. L'agression armée..... 81

1- Le but de soumission dans la qualification du crime contre la paix 81

2- Le but de soumission dans la qualification du crime d'agression.....83

a- L'exigence implicite d'une politique d'agression 84

b- Le but de la politique d'agression.....87

B. Le conflit armé 89

1- La soumission militaire de l'adversaire, but immédiat du conflit armé.....89

2- La soumission politique de l'adversaire, but final du conflit armé.....92

§2. L'oppression du groupe ciblé.....94

A. L'entreprise criminelle contre l'humanité 94

1- L'indifférence au but immédiat de l'entreprise d'oppression 95

2- L'indifférence au but final de l'entreprise d'oppression.....99

B. Le but de l'entreprise génocidaire 102
1- La destruction matérielle du groupe 102
2- L'exclusion des entreprises de destruction culturelle du champ du génocide 103
Section 2. L'illicéité du but poursuivi 106
§1. Le contenu de l'atteinte portée au groupe ciblé 108
A. L'objet de l'atteinte 108
1- Le rejet d'une atteinte à la dignité humaine 108
a- L'inadéquation avec l'agression armée 109
b- L'insuffisance expressive du concept de dignité humaine 111
2- Une atteinte à l'existence du groupe ciblé 115
B. La nature de l'atteinte 118
§2. La justification de l'atteinte portée au groupe ciblé 123
A. Les entreprises martiales 123
1- L'agression armée 124
a- L'autorisation du conseil de sécurité des Nations Unies 124
b- La légitime défense 127
2- Le conflit armé 131
B. Le caractère injustifiable des entreprises criminelles 133
Conclusion du chapitre 2 ..... *139*
Conclusion du titre 1 ..... *141*
TITRE 2. LA MATERIALITE DE L'ENTREPRISE D'ENSEMBLE 143
Chapitre 1. La dimension collective de l'entreprise d'ensemble *145*
Section 1. La nécessaire mise en œuvre de l'entreprise par une organisation 147
§1. Une organisation étatique 148
A. La mise en œuvre des entreprises martiales 148
1- La participation d'un État à la réalisation de l'entreprise martiale 148
2- L'imputation de l'entreprise martiale à l'État 151
a- La mise en œuvre de l'entreprise par les forces armées étatiques 151
b- La mise en œuvre de l'entreprise par des groupes armés privés 152
B. La mise en œuvre de l'entreprise criminelle contre l'humanité 155
1- La participation d'un État à la réalisation de l'entreprise criminelle 155
2- L'imputation à l'État de l'entreprise criminelle 156
§2. Une organisation privée 159
A. L'identification des organisations concernées 160
1- La notion de groupe armé organisé 160
a- L'appréhension stricte de la notion par le droit international humanitaire 161
b- L'appréhension souple de la notion en droit international pénal 168
2- La notion d'organisation dans le crime contre l'humanité 172
a- Le critère de capacité criminelle retenu par le droit positif 173
i. L'appréhension restrictive du critère de capacité par les TPI 173
ii. L'appréhension souple du critère de capacité par la CPI 174
b- Le critère structurel prôné par la doctrine 179
B. L'exclusion des organisations privées du champ de l'agression armée 184
Section 2. L'absence de dimension collective de l'entreprise génocidaire 191
§1. Analyse du texte d'incrimination du génocide 192
A. L'individualisation de l'entreprise génocidaire 192
B. Critiques de l'individualisation de l'entreprise génocidaire 196
§2. Analyse des *Éléments des crimes* adoptés lors de la conférence de Rome 199
A. L'existence d'une série manifeste de comportements analogues dirigés contre le groupe. 199
B. L'existence d'un comportement pouvant en lui-même produire la destruction du groupe. 203
Conclusion du chapitre 1 ..... *209*
Chapitre 2. La dimension massive de l'entreprise d'ensemble *211*
Section 1. L'exigence de massivité de l'entreprise d'ensemble 211
§1. La massivité des entreprises martiales 212
A. La massivité de l'agression armée 212
1- Un critère incertain du crime contre la paix 212
2- Un critère certain du crime d'agression 215

B. La massivité du conflit armé 217
1- Un critère indifférent de la qualification du conflit armé international 217
2- Un critère déterminant de la qualification des conflits armés non-internationaux 219
a- L'intensité des hostilités 220
b- Le caractère prolongé des hostilités 221
§2. La massivité des entreprises criminelles 224
A. La massivité de l'entreprise criminelle contre l'humanité 225
1- Une exigence consacrée par la jurisprudence des TPI 225
2- Une exigence entérinée par le Statut de Rome 227
B. La massivité de l'entreprise génocidaire 230
Section 2. Le défaut de pertinence de la condition de massivité 232
§1. Un élément qualifiant infondé des entreprises martiales 232
A. Un élément qualifiant infondé de l'agression armée 232
B. Un élément qualifiant infondé du conflit armé 236
§2. Un élément qualifiant infondé des entreprises criminelles 242
A. Un élément qualifiant infondé de l'entreprise criminelle contre l'humanité 242
B. Un élément qualifiant infondé de l'entreprise génocidaire 247
Conclusion du chapitre 2 ..... *251*
Conclusion du titre 2 ..... *253*
Conclusion de la partie 1 ..... *255*

PARTIE 2. L'ELEMENT INDIVIDUEL DE L'INFRACTION INTERNATIONALE 257

TITRE 1. UN FAIT DE PARTICIPATION OBJECTIF A L'ENTREPRISE D'ENSEMBLE 261
Chapitre 1. Un acte d'exécution de l'entreprise d'ensemble *263*
Section 1. Les éléments substantiels des actes d'exécution incriminés 263
§1. L'injustice de l'acte d'exécution 263
A. Le caractère injuste du crime de guerre 264
1- L'absence de nécessité militaire au fondement de l'incrimination du crime de guerre 264
2- L'appréciation de l'absence de nécessité militaire dans la détermination des crimes de guerre 267
B. Le caractère injuste du crime contre l'humanité et du génocide 271
§2. La matérialité de l'acte d'exécution 272
A. La variabilité des résultats incriminés 272
1- L'hétérogénéité manifeste des résultats caractérisant le crime de guerre et le crime contre l'humanité 273
a- Le crime de guerre 273
b- Le crime contre l'humanité 274
2- La spécificité relative du résultat du génocide 277
B. La variabilité des comportements incriminés 281
1- La détermination légale des comportements punissables 281
a- L'incrimination de comportements disparates 281
b- L'incrimination de comportements indéfinis 284
2- La détermination judiciaire des comportements punissables 286
Section 2. Les éléments personnels des actes d'exécution 292
§1. L'auteur de l'acte d'exécution 292
A. L'indifférence à la qualité de l'auteur du crime de guerre 292
B. L'indifférence à la qualité de l'auteur du crime contre l'humanité 294
C. L'indifférence à la qualité de l'auteur du crime de génocide 296
§2. La victime de l'acte d'exécution 298
A. La victime du crime de guerre et du crime contre l'humanité 298
1- La victime du crime de guerre 299
a- L'indifférence au statut de la victime 299
b- L'indifférence à l'allégeance de la victime 302
i. L'indifférence à l'allégeance des combattants victimes 302
ii. L'indifférence à l'allégeance des non combattants victimes 306
2- La victime du crime contre l'humanité 309

a- L'indifférence à la qualité de la victime dans la définition originelle de l'infraction 310
b- L'indifférence à la qualité de la victime dans la définition contemporaine de l'infraction 314
B. La victime du crime de génocide 317
1- L'exigence d'appartenance de la victime au groupe ciblé par l'entreprise d'ensemble....318
a- L'appartenance réelle de la victime au groupe ciblé par l'entreprise génocidaire .. 318
b- L'appartenance supposée de la victime au groupe ciblé par l'entreprise génocidaire....319
2- La critique de l'appartenance de la victime au groupe ciblé par l'entreprise d'ensemble....322
Conclusion du chapitre 1 ....*327*
Chapitre 2. Un acte d'organisation de l'entreprise d'ensemble....*329*
Section 1. L'incrimination limitée des actes d'organisation des entreprises martiales 329
§1. Les limites matérielles à l'incrimination des actes d'organisation de l'agression armée 330
A. La nature des actes d'organisation incriminés 331
1- L'incrimination d'actes d'organisation *stricto sensu*....331
2- L'incrimination révolue de la conspiration criminelle....335
B. L'objet des actes d'organisation incriminés 339
§2. Les limites personnelles à l'incrimination des actes d'organisation de l'agression armée..341
Section 2. Le défaut d'incrimination des actes d'organisation des entreprises criminelles 346
§1. L'inadaptation du système normatif à la répression des actes d'organisation des entreprises criminelles 347
A. L'insuffisance des normes d'incrimination existantes....347
1- L'abandon de l'incrimination de l'entente en vue de commettre un génocide....347
2- L'incrimination exclusive de l'incitation directe et publique au génocide....350
B. L'insuffisance des normes d'imputation....356
1- L'inadaptation de la complicité à la répression des actes d'organisation des entreprises criminelles 357
a- L'inadaptation technique de la complicité....358
i. L'exigence d'un lien substantiel entre le fait de complicité et le crime principal 358
ii. L'exigence d'un lien direct entre le fait de complicité et le crime principal.361
α- Une exigence affirmée pour les modes de complicité classiques....361
α.1. La complicité par instigation....361
β.1. La complicité par aide ou assistance 363
β- Une exigence rejetée pour le mode de complicité novateur prévu par le Statut de Rome....366
b- L'inadaptation symbolique de la complicité....368
2- L'inadaptation de la responsabilité du supérieur hiérarchique à la répression des comportements d'organisation de l'entreprise 370
a- L'inadaptation technique de la responsabilité du supérieur hiérarchique 371
i. La relation de subordination entre les participants....371
ii.L'absence de mesures nécessaires et raisonnables prises par le supérieur pour parer aux agissements de son subordonné....376
b- L'inadaptation symbolique de la responsabilité du supérieur hiérarchique 378
§2. La consécration nécessaire de normes dédiées à la répression des actes d'organisation des entreprises criminelles....380
A. La création de normes d'imputation novatrices, une solution privilégiée par la jurisprudence 381
1- Le contenu des solutions dégagées par la jurisprudence....381
a- La conceptualisation de la notion d'entreprise criminelle commune par la jurisprudence des TPI 381
b- La conceptualisation de la notion de coaction indirecte par la jurisprudence de la CPI 387
2- Les défauts des solutions adoptées par la jurisprudence....392
a- L'atteinte au principe de légalité 392

b- L'atteinte au principe de responsabilité du fait personnel 397
B. La création de normes d'incrimination novatrices, une solution préférable 402
Conclusion du chapitre 2 ..... *409*
Conclusion du titre 1 ..... *411*
TITRE 2. UN FAIT DE PARTICIPATION SUBJECTIF A L'ENTREPRISE D'ENSEMBLE 413
Chapitre 1. L'adhésion au projet d'ensemble *419*
Section 1. L'adhésion au projet d'ensemble indifférente *de lege lata* 420
§1. Le crime d'agression 420
A. L'exigence alléguée d'une adhésion au projet d'agression armée 420
B. L'exigence rejetée d'une adhésion au projet d'agression armée 422
1- L'incrimination du crime contre la paix 422
a- La jurisprudence du tribunal militaire international de Nuremberg 423
b- La jurisprudence du tribunal militaire international de Tokyo 426
2- L'incrimination du crime d'agression 428
§2. Le crime de guerre 431
§3. Le crime contre l'humanité 434
A. L'indifférence à l'adhésion du participant au projet criminel contre l'humanité 435
1- Le droit applicable devant le TPIY 435
2- Le droit applicable devant le TPIR 438
3- Le droit applicable devant la CPI 440
B. L'exigence exceptionnelle d'adhésion du participant au projet criminel contre l'humanité 441
1- Le crime de persécution 442
2- Le crime d'apartheid 447
Section 2. L'adhésion au projet génocidaire indifférente *de lege ferenda* 451
§1. L'absence de bien-fondé de l'exigence d'intention individuelle de destruction 452
A. L'absence de fondement textuel de l'exigence d'intention individuelle de destruction 452
B. L'absence de fondement conceptuel de l'exigence d'intention individuelle de destruction 455
§2. Le contournement de l'exigence d'intention individuelle de destruction par la jurisprudence .. 458
A. Le contournement du dol spécial dans l'opération de qualification du génocide 458
1- L'intention individuelle déduite du contexte d'ensemble 459
2- L'intention individuelle évincée par le contexte d'ensemble 462
a- L'éviction de l'intention de l'agent à des fins répressives 463
b- L'éviction de l'intention de l'agent à des fins expressives 463
B. Le contournement du dol spécial dans l'opération d'imputation du génocide 469
Conclusion du chapitre 1 ..... *477*
Chapitre 2. L'intention de participer à l'entreprise d'ensemble *479*
Section 1. La connaissance de l'entreprise d'ensemble 481
§1. La connaissance factuelle de l'entreprise d'ensemble 482
A. La connaissance factuelle des entreprises martiales 482
1- La connaissance des faits caractérisant l'acte d'agression 482
a- La connaissance de la nature agressive du recours à la force 483
b- La connaissance de la nature injuste du recours à la force 485
2- La connaissance des faits caractérisant le conflit armé 487
a- La connaissance de l'existence du conflit armé 487
b- La connaissance de la nature du conflit armé 489
B. La connaissance factuelle des entreprises criminelles 491
1- La connaissance factuelle de l'entreprise criminelle contre l'humanité 491
2- La connaissance factuelle de l'entreprise génocidaire 494
§2. La connaissance juridique de l'entreprise d'ensemble 497
A. Une condition nécessaire 498
B. Une condition présumée 501
Section 2. La volonté de prendre part à l'entreprise d'ensemble 506
§1. La définition de la volonté participative 506
§2. Le traitement juridique de la volonté participative 509
A. La mise à l'écart du critère du consentement participatif 510
1- Les prévisions du droit positif 510

a- La mise à l'écart de la volonté participative par les dispositions statutaires 510
i. La disposition générale de l'article 30 du Statut de Rome 510
ii. Les dispositions spéciales des textes d'incrimination 513
b- La mise à l'écart de la volonté participative dans la jurisprudence 515
i. La jurisprudence applicable au crime de guerre 515
ii. La jurisprudence applicable au crime contre l'humanité 518
2- Les préconisations de la doctrine 520
B. La critique de la mise à l'écart du critère du consentement participatif 521
Conclusion du chapitre 2 .....*525*
Conclusion de la partie 2 .....*527*
Conclusion générale *529*
Bibliographie 537
Table de jurisprudence 565
Index alphabétique 579
Table des matières 587